

Identitetsvurderingen ved virksomhetsoverdragelse

I hvilken grad vektlegges overføring av ansatte?

Kandidatnummer: 426

Veileder: Einar Engh

Leveringsfrist: 02.05.2007

Til sammen 15626 ord

22.10.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Relevans og vekt av EF- og EFTA-domstolenes avgjørelser	4
1.5	Kort om virksomhetsoverdragelse	5
1.5.1	Oversikt over vilkårene	6
1.5.2	Økonomisk enhet	6
1.5.3	Krav til overføringsform	7
1.5.4	Identitetsvurderingen	9
1.6	Den videre framstillingen	11
<u>2</u>	<u>NÆRMERE OM IDENTITETSVURDERINGEN</u>	<u>11</u>
2.1	Viderføring av aktiviteten	11
2.2	Type virksomhet	13
2.3	Overføring av fysiske eller materielle aktiva	15
2.4	Overføring av immaterielle aktiva og goodwill	17
2.5	Overføring av ansatte	17
2.6	Overføring av kundekrets	17
2.7	Driftsstans	18

<u>3</u>	<u>I HVILKEN GRAD VEKTLEGGES OVERFØRING AV ANSATTE?</u>	18
3.1	Innledning	18
3.2	Sützen-saken	19
3.3	Schmidt	21
3.4	Temco-saken	23
3.5	Eidesund/ Stavanger Catering	24
3.6	Liikenne-saken	26
3.7	Løten	27
3.8	Sas-saken	29
3.9	Securicor	33
3.10	Olderdalen ambulanse	34
3.11	Sammenfatning	37
<u>4</u>	<u>I HVILKEN GRAD BØR OVERFØRING AV ANSATTE VEKTLEGGES?</u>	39
4.1	Innledning	39
4.2	Kan direktivets bestemmelser omgås?	39
4.3	Sirkelslutning	45
<u>5</u>	<u>SAMMENFATNING</u>	47
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	49
6.1	Bøker:	49

6.2	Artikler:	51
6.3	Lovgivning:	51
6.4	Dommer:	52
6.5	Forarbejder og offentlige utredninger:	54

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

En virksomhet er i stadig endringer forårsaket av såvel interne som eksterne faktorer. For å i møtekomme disse forandringene foretas ikke sjeldent omstruktureringer av virksomheten. Når en virksomhet overføres fra en arbeidsgiver til en annen, oppstår en rekke spørsmål om hvilke virkninger en slik overføring medfører. Det er i så måte hensiktsmessig å gi en svært kort oversikt over regelene som kommer til anvendelse, før det i kapittel 2 gis en bred oversikt over hvilke kriterier som bør legges til grunn ved identitetsvurderingen. Ved vurderingen av hvorvidt virksomhetens identitet er i behold etter overføringen, vil det være nødvendig å se nærmere på om de ansatte, helt eller delvis, har fulgt med virksomheten til ny erverver og hvilken betydning dette i tilfelle har hatt på identitetsvurderingen. Med andre ord, i hvilken grad overføringen av ansatte vektlegges ved virksomhetsoverdragelse. Som en konsekvens av dette er det interessant om å vurdere hvorvidt overføringen av ansatte bør vektlegges, og en drøftelse omkring tilpasnings- og sirkelslutningsproblematikken dette medfører, vil belyse denne problemstillingen nærmere.

1.2 Avgrensning

Direktivets virksomhetsbegrep¹ er av EF-domstolen gitt en vid fortolkning,² og begrepet kan neppe tolkes snevrere i aml. § 16-1 enn virksomhetsbegrepet i § 1-2 første ledd. Anvendelsesområdet for bestemmelsene i kap. 16 omfatter også virksomhetsoverdragelser innenfor offentlig forvaltning.³ Med andre ord rammer bestemmelsen både offentlige og

¹ Rådsdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001.

² Se f.eks. Botzen-dommen (C-186/83) spes. premiss 14 og 15. Samling af Afgørelser 1985 s. 00519. Se også Henning Jakhelln/Helga Aune: arbeidsrett.no, 2. utg. Oslo 2006 (heretter Jakhelln/ Aune 2006) s. 1060.

³ Jfr. Ot. prop. nr. 79 (2000-2001) avsnitt 2.1 og avsnitt 4.

private foretak som driver økonomisk virksomhet⁴, enten målet er økonomisk gevinst eller ei.⁵ Reglene om overføring gir i seg selv ikke grunnlag for oppsigelser av arbeidstakerne⁶. En eventuell overtallighet hos erververen, kan i tilfelle løses ved en nedbemanning etter reglene i aml. § 15-7 første og annet ledd.⁷ Oppsigelsesadgangen drøftes ikke ytterligere. Det gjøres heller ikke konkursunntaket i § 16-1 (2).

1.3 Rettskildebildet

I aml. kapittel 16 reguleres arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Reglene om virksomhetsoverdragelse ble innarbeidet som et nytt og eget kapittel XII A i aml. (1977) ved lovendring av 27. november 1992 nr. 115⁸ og var en gjennomføring (implementering) av Eus direktiv om virksomhetsoverdragelse, opprinnelig Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. Revidert ved Rådsdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998.⁹ Begge er nå avløst av Rådsdirektiv 2001/23/EF¹⁰ om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.¹¹ Dette direktivet er et kodifiseringsdirektiv, det vil si at det utgjør en redigering av de foregående direktiver, uten materielle endringer. Ved de opprinnelige reglene i aml.

⁴ Mer om begrepet virksomhet i Jakhelln/ Aune 2006 s. 1054, note 3.

⁵ Se også Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1 nr. 1 bokstav c): ”*En administrativ omorganisering av offentlige forvaltningsmyndigheter, eller overføring av administrative funksjoner mellom offentlige forvaltningsmyndigheter er derimot ikke en overdragelse i henhold til direktivet*”. Dette unntaket er ikke i midlertidig ikke gjennomført i norsk rett, jfr. Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 256.

⁶ Mer om arbeidstakerbegrepet i Holo, kommentarer til kapittel 16 s. 871-1012 (heretter Holo 2006) i Jan Fougner og Lars Holo: Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, Oslo 2006 s. 914 flg.

⁷ Jfr. Holo 2006 s. 871.

⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992).

⁹ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) og Innst. O. nr. 91. (2000-2001) s. 2.

¹⁰ Heretter også kalt direktivet.

¹¹ Jfr. lov av 15. juni 2001 nr. 33.

(1977) §§ 73A til 73E ble direktivets minsterettigheter gjennomført i norsk rett, uten å innføre reformer utover det direktivet forpliktet til.¹²

Det bør likevel nevnes at ved lovendringen av 15. juni 2001 nr. 33 ble direktivets minsterettigheter utvidet noe hva arbeidstakernes beskyttelse angår. Dette gjelder spesielt bestemmelsene i aml. (1977) kap. XII A som etter lovendringen fullt ut får anvendelse for virksomhetsoverdragelser også innenfor offentlige virksomheter.¹³

Bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse tar utgangspunkt i at den selvstendige enheten som viderføres beholder sin identitet etter overføringen. Dette referer både til aktiviteten som utføres og substansen i vedkommende enhet.¹⁴ Det følger av rettspraksis at det er et grunnleggende krav at ny arbeidsgiver eller innehaver fortsetter eller gjenopptar driften av identiske eller tilsvarende aktiviteter. I sak (C-24/85)¹⁵ Spijkers utdypes dette: *”Det fremgår af en samlet vurdering af direktiv 77/187 og af ordlyden af dettes artikel 1, stk.1, at formålet med direktivet er at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om den skifter indehaver, og det må følge heraf, at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet.*

Et forhold er således ikke omfattet af begrepet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, blot fordi den pågældende virksomheds aktiver overdrages. I et tilfælde som det i sagen omhandlede må der således ske en nærmere vurdering af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.

Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift

¹² Jfr. Rt. 1997 s. 1954 og Rt. 2002 s. 39.

¹³ Jfr. Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) avsnitt 2.1 og avsnitt 4.

¹⁴ Se Norsk Lovkommentar 2006, kommentarer til aml. § 16-1 (1) av Borgegrud, Dalheim og Ytre-Arna (heretter Lovkommentar 2006) note (606). Se også Erik C. Aagaard og Nina Melsom: Bedriftens personalhåndbok, 7 utg. Oslo 2006 (heretter Aagaard/ Melsom 2006) s. 373 flg.

¹⁵ Sak (C-24/85) Samling af Afgørelser 1986 s. 01119, præmiss 11-13.

der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbeidsstyrken, om kundekredsen overtages samt i hvor høy grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheter kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret.”

1.4 Relevans og vekt av EF- og EFTA-domstolenes avgjørelser

Det er på det rene at avgjørelsene i ovennevnte domstoler er av stor betydning for forståelsen av arbeidsmiljølovens regler. Høyesterett fastslår i Rt. 1997 s. 1954 følgende: *”Direktivets bestemmelser har ved en rekke anledninger vært behandlet av EF-domstolen. Denne domstolen har i sine avgjørelser gitt anvisning på hvorledes direktivet skal fortolkes. Den konkrete rettsanvendelse overlates i hvert enkelt tilfelle til de nasjonale domstoler. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2 mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området.”*

Dette synspunktet støttes av Høyesterett i Rt. 2006 s. 71, avsnitt 68, hvor førstevoterende uttaler: *”Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 kapittel XII A og arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 16 gjennomfører EU-direktiver om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, og det er med den endrede formulering i arbeidsmiljøloven av 2005 ikke tilsiktet noen realitetsendring, se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), side 256 ff. Det nærmere*

innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse må etter dette fastlegges på grunnlag av EU-direktivene.”¹⁶

EFTA-domstolens relevans og vekt stadfestes i Rt. 2005 s. 1365, Finanger II, hvor Høyesterett uttaler følgende i avsnitt 51 og 52; *”I Rt-2000-1811 Finanger I gis det uttrykk for at en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen må tillegges vesentlig vekt. Dette er begrunnet med at EFTA-statene har funnet grunn til å opprette domstolen med sikte på å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av avtalen, at rettskildebruken innen EØS kan avvike fra den nasjonale, at EFTA-domstolen med sin spesialkunnskap burde kunne uttale seg med betydelig autoritet, og at saksbehandlingen ved domstolen medfører at andre organer innen EFTA og EF får anledning til å uttale seg om spørsmål som er reist.*

(52) *Jeg er enig i disse synspunkter. Jeg finner også EFTA-domstolens argumentasjon for statlig ansvar overbevisende, med den vekt som legges på de grunnleggende hensyn til homogenitet, likebehandling av enkeltpersoner/juridiske personer og beskyttelse av deres virksomheter. Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret. Jeg bemerker at staten har gitt uttrykk for samme oppfatning, og at Islands høyesterett kom til samme resultat i Sveinbjörnsdóttirsaken [Sak E-9/97].”¹⁷*

1.5 Kort om virksomhetsoverdragelse

Rettsvirkningene av at det foreligger virksomhetsoverdragelse er at arbeidsforholdet som hovedregel overføres til ervervende virksomhet med de samme rettigheter og plikter som før overføringen, jf. aml. § 16-1 (1).¹⁸

¹⁶ Se forøvrig ODA art. 3 nr. 2 (EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til de avgjørelser EF-domstolen har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen) og art. 34 (EFTA-domstolen gir rådgivende uttalelser om fortolkning av EØS-avtalen). Se også domstolloven § 51a og EØS-avtalen art. 1 nr. 1.

¹⁷ Mer om hjemmelsvurderingen i Rt. 2000 s. 1811, Finanger I.

¹⁸ Se f.eks. Holo 2006 s. 871 og Henning Jakhelln/Helga Aune: arbeidsrett.no, 2. utg. Oslo 2006 (heretter Jakhelln/ Aune 2006) s. 1048.

1.5.1 Oversikt over vilkårene

Aml. § 16-1 sier følgende:

(1) Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.

(2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.

Den nye lovteksten innebærer ingen endringer i gjeldende rett, men er kun presiseringer for å bringe ordlyden mer i samsvar med rettspraksis og EU-rettslige krav.¹⁹

1.5.2 Økonomisk enhet

Det må altså foreligge en selvstendig økonomisk enhet,^{20 21} og kravet vil normalt være oppfylt ved overføring av hele virksomheter.²² Endringer i eierstrukturen som følge av kjøp og salg av aksjer favnes altså ikke av bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse.²³

Tolkningsproblemene oppstår ofte først ved overføring av deler av virksomheter.

Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1 nr. 1 bokstav b) tilsier at det kreves en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om en hoved- eller bivirksomhet. I Rysgaard-dommen presiseres dette:²⁴ ”*I den ovennaevnte retspraksis forudsattes det at overførslen vedroerer en oekonomisk enhed, der er organiseret paa en stabil maade, og hvis aktiviteter ikke er begraenset til udfoerelsen af en naermere bestemt enterprise.*”

¹⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 258.

²⁰ Jfr. Aml. § 16-1 (1), 2. pkt. og Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1 nr. 1 bokstav c).

²¹ Se f.eks Bernard J. Mulder: Anställningen vid verksamhetsövergång, Lund 2004 (heretter Mulder 2004) s.167 flg.

²² Det fastslås dermed at reglene også kan komme til anvendelse når bare deler av virksomheten overføres, jfr. Ot.prp. 49 (2004-2005) s. 256. Se også (C-48/94) Rygaard-dommen, Samling af Afgørelser 1995 I s. 02745, jfr. Jakhelln/ Aune 2006 s. 1063, og (C-13/95) Süzen-dommen, Samling af Afgørelser 1997 s. I-01259, jfr. Jakhelln/ Aune 2006 s. 1064.

²³ Jfr. Aagaard/ Melsom 2006) s. 375 flg.

²⁴ Sak (C48/94) Samling af Afgørelser 1995 s. I-02745, præmiss 20.

Dette gjentas i Süsen-dommen²⁵ hvor det i tillegg sies følgende: ”*Begrebet enhed omfatter saaledes en organiseret helhed af personer og aktiver, der goer det muligt at udoeve en oekonomisk virksomhed med et selstaendigt formaal.*”²⁶

Høyesterett ønsket i Nemko-dommen²⁷ ikke å trekke noen konklusjon på hvorvidt en sentralbord/resepsjonstjeneste var en tilstrekkelig selvstendig aktivitet til å utgjøre en økonomisk enhet,²⁸ men fastslår i Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse) at f.eks ambulansedrift utvilsomt var en selvstendig økonomisk enhet.²⁹

1.5.3 Krav til overføringsform

Det oppstilles videre krav til overføringsformen, jfr. presiseringen av lovteksten i § 16-1 (1) 2. punktum: ”*Med overdragelse menes overføring av...*”³⁰ Dersom virksomheten overføres ved en overdragelse³¹ til et annet rettssubjekt, en ny arbeidsgiver, er vilkåret oppfylt.³² Overføringsformene kan være av forskjellig art, men den vanligste formen er på grunnlag av kontrakt³³ eller ved fusjon³⁴. Selv om det i rettspraksis ikke foreligger noe krav til at overdrager og erverver har et direkte kontraktsforhold,³⁵ oppstilles det i forarbeidene et

²⁵ Sak (C-13/95) præmiss 13.

²⁶ Ytterligere presiseringer i sak (C-232/04 og C-233/04) *Securitor-dommene*, dom av 15. desember 2005, jfr. Jakhelln/ Aune 2006 s. 1069 og sak (C-392/92) *Schmidt-dommen*, *Samling af Afgørelser* 1994 s. I-01311, jfr. Jakhelln/ Aune 2006 s. 1063.

²⁷ Rt. 1999 s. 977.

²⁸ Jfr. Jakhelln/ Aune 2006 s. 1074.

²⁹ Avsnitt 3: ”*Det kan følgelig ikke være tvilsomt at ambulansedriften på døgnbasis i Kåffjord kommune på Kåffjord Ambulanseservice AS' hånd var en selvstendig økonomisk enhet*”. Se også . Jakhelln/ Aune 2006 s. 1074.

³⁰ Se også Rt. 2001 s. 248, Olderdalen Ambulanse AS, hvor retten fastslår at grunnlaget for vurderingen om det foreligger virksomhetsoverdragelse, er det som faktisk overføres.

³¹ Jfr. aml. § 16-1 (1) 1. pkt. Se også Holo 2006 s. 902.

³² Jfr. Ot.prp. 49 (2004-2005) s. 256. Overføringer innen samme rettssubjekt omfattes således ikke.

³³ Ved gjensidig bebyrdende avtaler mellom overdrager og erverver.

³⁴ Sammenslåing av virksomheter. Også fisjoner kan rammes av direktivets bestemmelser, jfr. Ot.prp. 71 (1991-1992) s. 33.

³⁵ Se Rt. 2006 s. 71, SAS-saken, avsnitt 73.

krav om at det finnes en avtale som grunnlag for overføringen.³⁶ Denne avtalen bør i midlertidig ikke nødvendigvis være direkte mellom overdrager og erverver.

I et leieforhold som bringes til opphør med tidligere leier, og eieren leier ut til ny leier, kan bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse komme til anvendelse.³⁷ Også når leier mister status som innehaver, f.eks. ved leiekontraktens opphør, og en tredjemann erverver denne statusen som innehaver i medhold av en avtale om kjøp inngått med eieren, kan direktivet komme til anvendelse.³⁸ Dette slås fast av EF-domstolen i sak (C-340/01)³⁹ Abler/Sodexho, hvor det uttales følgende i premiss 39: *”Det er således ikke en forudsætning for, at direktiv 77/187 finder anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, og overdragelsen vil kunne finde sted via en tredjemand, f.eks. ejeren eller lejereren (jf. bl.a. dom af 7.3.1996, forenede sager (C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I s. 1253, præmis 28-30, Süzen-dommen, præmis 12, og dom af 24.1.2002, sag C-51/00, Temco, Sml. I s. 969, præmis 31).”*

Dette trepartsforholdet kan også tenkes aktuelt ved en anbudsrunde hvor kontrakten går til en ny virksomhet.⁴⁰ EF-domstolen konkluderer med at direktivets bestemmelser får anvendelse også der overføringen skjer som en følge av en offentlig anbudsprosedyre.⁴¹ Også forvaltningsvedtak kan rammes av direktivets bestemmelser, og i sak (C-29/91)⁴² uttaler domstolen: *”...begrebet “overdragelse”...omfatter den situation, hvor en offentlig myndighed beslutter at standse udbetalingen af støtte til en juridisk person, hvorved dennes virksomhed fuldstændigt og definitivt bringes til ophør, og overfører støtten til en anden juridisk person med tilsvarende formål.”*

Det er sikker rett at bestemmelsene også kan gjøres gjeldene på ensidige disposisjoner,⁴³ og det bør heller ikke være avtalt noe vederlag for at bestemmelsene skal komme til

³⁶ Ot.prp. 71 (1991-1992) s. 32: *”Det må med andre ord dreie seg om en avtalemessig disposisjon”*.

³⁷ Se sak (C-324/86) Daddy`s Dance Hall, Samling af Afgørelser 1988 side 00739.

³⁸ Se Jakhelln/ Aune 2006 s. 1052.

³⁹ Sak (C-340/01), dom av 20. november 2003.

⁴⁰ Se Jakhelln/ Aune 2006 s. 1052.

⁴¹ Sak (C-172/99) Liikenne, Samling af Afgørelser 1992 s. I-00745, præmiss 20-21.

⁴² Sak (C-29/91) Samling af Afgørelser 1992 s. I-03189, præmiss 21.

⁴³ Rt. 1995 s. 1625.

anvendelse.⁴⁴ Med andre ord vil også skifte, arveoppgjør og gaveoverdragelser være en ”overføring” som angitt i § 16-1 (1). Det kan også være aktuelt for panthavere å ta virksomheten til tvangsbruk, og dette kan utløse et oppsigelsesvern for arbeidstakerne.⁴⁵ Avslutningsvis kan det bemerkes at EF-domstolene om disse ensidige disposisjonene har lagt til grunn at det må dreie seg om en overdragelse: ”*in the context of a contractual relationship*” og/ eller: ”*whitin the framework of contractual relations*”. Det må altså foreligge en avtalebasert overførsel.

1.5.4 Identitetsvurderingen

De fleste tvister om hvorvidt det foreligger virksomhetsoverdragelse eller ei, dreier seg om enhetens identitet er i behold etter overføringen.

Hvorvidt identiteten er i behold, beror som vi ser i Spijkers-saken⁴⁶, på en helhetsvurdering av en rekke momenter. Rettskildeverdien av disse momentene understrekes i rettspraksis⁴⁷ og i forarbeidene⁴⁸. Momentene er som følger:

- videreføring av aktivitet
- hvilken type eller art virksomhet det er snakk om
- overføring av fysisk aktiva som bygninger, varelager, maskiner mv.
- overføring av immaterielle aktiva og/ eller rettigheter
- overføring av ansatte/ arbeidstakere
- overføring av kundekrets
- eventuell driftstans og varigheten av denne

Listen er på ingen måte uttømmende⁴⁹, og i Spijkers-saken presiserer domstolen at alle disse momentene bare utgjør enkeltelementer ved totalvurderingen.⁵⁰ Momentenes vekt vil

⁴⁴ Ot.prp. 71 (1991-1992) s. 32.

⁴⁵ Se Rt. 1995 s. 270.

⁴⁶ Sak (C-24/85).

⁴⁷ Se bl.a. Rt. 2006, SAS-saken, s. 71, avsnitt 85 flg.

⁴⁸ Ot.prp. 71 (1991-1992) s. 31.

⁴⁹ Ot.prp. 71 (1991-1992) s. 31.

⁵⁰ Jfr. Henning Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, 4. utg. Oslo 2006 (heretter Jakhelln 2006) s. 503.

således være avhengig av hva slags type virksomhet det gjelder.⁵¹ Det finnes likevel praksis fra EF-domstolen hvor et enkelt moment etter domstolens oppfatning, hovedsakelig har karakterisert identiteten av virksomheten. I sak (C-13/95) Süzen slår domstolen fast at virksomheten i hovedsak karakteriseres av arbeidstyrken og uttaler følgende i præmiss 21: *”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbeidstakere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt utførte denne opgave. I så fald overtager den nye indehaver en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle av disse.”*⁵²

Her henvises det til visse bransjer hvor arbeidskraften utgjør den vesentligste del av aktiviteten. Da vil en gruppe av arbeidstakere som i lengere tid utfører en felles aktivitet, kunne utgjøre en økonomisk enhet. En slik enhet vil kunne opprettholde sin identitet etter en overføring når den nye innehaver ikke bare viderefører den tidligere aktivitet, men også overtar en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av den arbeidsstyrke som hos forgjengeren spesielt utførte denne oppgaven.

En kan så spørre seg hvordan en helhetsvurdering skal foretas? Jakhelln påpeker at en helhetsvurdering i tillegg til å ta hensyn til ovennevnte momenter, også må ta hensyn til reglens formål.⁵³ Den danske advokaten Mette Klingsten utfyller momentlisten med det hun kaller ”basiskriterier” for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse med følgende tre punkter: *”1) at der er lighed mellem den virksomhed, overdrageren drev, og den virksomhed, som erhververen drev, 2) at virksomhedens kunder er overtaget, og at der er tale om 3) en kontinuerligt drevet virksomhed (bortset fra ferie- og sæsonglukninger).”*⁵⁴

⁵¹ Rt. 2001 s. 248, Olderdalen Ambulanse og sak (E-3/01) Viggòsdóttir.

⁵² Det må presiseres at kravet til at aktiviteten videreføres her synes å være i behold.

⁵³ Jfr. Jakhelln 2006 s. 503 flg. Se også Holo 2006 s. 890 flg.

⁵⁴ Jfr. Mette Klingsten: Ansettelsesretlige aspekter af virksomhetsoverdragelse, København 2002 (heretter Klingsten 2002) s. 51.

Dersom basiskriteriene foreligger, ja så har man, noe enkelt sagt, en virksomhetsoverdragelse.⁵⁵ Farene med å bruke disse listene eller basiskriteriene kan naturligvis være at den konkrete skjønnsmessige vurderingen av de momentene som berører overføringen, må vike for en mer skjematisk tilnærming slike lister innbyr til.

1.6 Den videre framstillingen

De fleste tvister om hvorvidt det foreligger en virksomhetsoverdragelse eller ei, dreier seg som tidligere nevnt, om enhetens identitet er i behold etter overføringen, og i kapittel 2 redegjøres det grundigere for hvilke kriterier som legges til grunn ved denne identitetsvurderingen.

Overføring av ansatte er et sentralt punkt i denne identitetsvurderingen, jfr. Spijkers-saken⁵⁶, og kapittel 3 tar sikte på å gi en dypere innsikt i hvilken grad overføring av ansatte vektlegges ved virksomhetsoverdragelse.

En naturlig følge av dette er å vurdere i hvilken grad overføringen av ansatte bør vektlegges? Denne problemstillingen reiser blant annet spørsmål om reglene kan omgås ved tilpasning, og er gjenstand for nærmere drøftelse i kapittel 4.

2 Nærmere om identitetsvurderingen

De fleste tvister om hvorvidt det foreligger en virksomhetsoverdragelse eller ei, dreier seg som tidligere nevnt, om enhetens identitet er i behold etter overføringen. Teksten i dette kapittelet søker å utdype de øvrige momentene som Spijkers-saken⁵⁷ trekker opp.

2.1 Videreføring av aktiviteten

Videreføring av aktiviteten er et sentralt moment hva identitetsvurderinger angår. Det er på det rene at identitetskravet ikke oppfylles dersom driftsmidlene og/ eller personalet

⁵⁵ Klingsten 2002 s. 51 flg.

⁵⁶ Sak (C-24/85).

⁵⁷ ibid.

benyttes til en annen virksomhet hos erververen.⁵⁸ Aktiviteten hos erververen kan skille seg fra overdragerens aktivitet, og dette utløser spørsmålet om hvorvidt aktiviteten er videreført eller ei. I Rt. 1997 s. 1954 Løten kommune/ Østvang Fritid, tar Høyesterett stilling til identitetsspørsmålet i forbindelse med overføring av en skolefritidsordning:

*”Etter min mening bør spørsmålet om identitet i forhold til en virksomhet av den art som Østvang Fritid drev, først og fremst knyttes til omstendighetene rundt virksomhetens innhold, derunder i hvilken grad den var preget av de personer som var ansatt, hvem virksomheten var rettet mot og hvorledes den måtte oppfattes av omverdenen.”*⁵⁹

Videre uttales det på side 1963: *”Jeg er etter dette kommet til at den skolefritidsordning og det gåringstilbud som kommunen iverksatte fra 1. august 1995 på en slik måte skiller seg fra Østvang Fritids avsluttede virksomhet at man ikke har å gjøre med en overføring av virksomhet i den forstand dette begrepet benyttes i arbeidsmiljøloven § 73A.”*

Høyesterett fastlo at virksomheten ikke i tilstrekkelig grad hadde bevart identiteten etter en vurdering av: *”de sider ved virksomheten som kan knyttes til de ansattes kvalifikasjoner, og på innholdet i det tilbud som ble gitt de barna som var omfattet av ordningen.*

Også i Süzen-saken⁶⁰ tar domstolen stilling til aktivitetsspørsmålet i forbindelse med identitetsvurderingen: *”En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmaade og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over”.*

Dette synspunktet gjøres også gjeldene i SAS-saken⁶¹: *”Når jeg i dette tilfellet er kommet til at identiteten i bakketjenestene er i behold etter overføringen til SAS-konsortiet, har jeg for det første lagt vekt på at tjenestenes art fullt ut er den samme. Den virksomhet SAS-konsortiet overtok, bestod i å betjene Braathens’ fly og flypassasjerer med de tjenester som de hadde behov for på flyplassene, og disse tjenestene hadde etter overtakelsen det samme innhold og ble utført på samme måte som av Braathens.”*

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 257. Se også Holo 2006 s. 888.

⁵⁹ Rt. 1997 s. 1954 s. 1962.

⁶⁰ Sak (C-13/95) præmiss 15.

⁶¹ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 89.

Vilkåret om at aktiviteten videreføres er altså isolert sett ikke nok til at identitetskravet oppfylles.⁶²

Jakhelln knytter spørsmålet om den nødvendige kontinuitet foreligger opp mot hvorvidt virksomheten har beholdt sin identitet etter en overføring av aktiviteter. Dette synspunktet er lagt til grunn i rettspraksis i saker som blant annet omhandler oppsigelsesvernet.⁶³

2.2 Type virksomhet

Ved avgjørelsen av om virksomheten har bevart sin identitet vil en nærmere vurdering av virksomhetens karakter være avgjørende.⁶⁴ En virksomhet som karakteriseres av dens arbeidskraft⁶⁵ eller arbeidsintensitet⁶⁶, vil nødvendigvis måtte være gjenstand for en annen identitetsvurdering, enn en virksomhet som karakteriseres av dens kapital⁶⁷ eller materielle aktiva⁶⁸. Driftsformen vil altså være avgjørende for identitetsvurderingen. Dette kommer til uttrykk i sak (C-172/99)⁶⁹ Liikenne, hvor domstolen uttaler følgende: *"I en branche som regulær offentlig busstransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet.*

Det medfører således i en situation som den i hovedsagen omhandlede, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, såfremt der ikke er overført væsentlige fysiske elementer mellem den gamle kontraktpart og den nye".⁷⁰ Dette må da kunne anses å være en vurdering av en kapitalintensiv virksomhet⁷¹, i dette tilfelle bussvirksomhet.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 257.

⁶³ Se Rt. 1978 s. 168 og Rt. 1995 s. 849, samt ARD 1970 s. 16. Mer om dette i Jakhelln 2006 s. 511 flg.

⁶⁴ Se Holo 2006 s. 892 flg. og Jakhelln 2006 s. 504 flg.

⁶⁵ Jfr. Holo 2006 s. 892: "virksomheter som er karakterisert av arbeidskraften".

⁶⁶ Jfr. Jakhelln 2006 s. 504: "arbeidsintensiv virksomhet".

⁶⁷ Jfr. Jakhelln 2006 s. 504: "kapitalintensiv virksomhet".

⁶⁸ Jfr. Holo 2006 s. 892: "virksomheter hvor de materielle aktiva er de karakteriserende elementene".

⁶⁹ Sak (C-172/99) præmiss 42 og 43.

⁷⁰ Se også sak (C-340/01) Abler/Sodexho.

⁷¹ Jfr. note 67.

Vurderingen av en arbeidsintensiv⁷² virksomhet gjøres i sak (C-13/95)⁷³ Süzen:

”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstakere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave”.

Også ved senere behandling av spørsmålet viser domstolen til dette resonnementet: *”I visse brancher, hvor aktiviteten i det væsentlige bygger på arbejdskraften, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed. En sådan enhed vil kunne bevare sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave (Süzen-dommen, præmis 21). For så vidt angår et rengjøringselskab kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som særligt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed (Hernández Vidal m.fl.-dommen, præmis 27)”⁷⁴.*

Eksempler på denne typen virksomheter kan være rengjøringsbyråer, vaktjeneste, barnepass, reklamebyråer, regnskapsbyråer, advokattjenester mv. Dette fastlås av Høyesterett i Rt. 2001 s. 248,⁷⁵ Olderdalen Ambulanse:

”Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en tjenesteytende virksomhet i større grad være preget av selve ytelsen og dermed også av de personer som utøver virksomheten. Både rengjøring og vakthold vil kunne utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler involvert i virksomheten.

⁷² Jfr. note 66

⁷³ Sak (C-13/95) præmiss 21.

⁷⁴ Sak (C-51/00) Temco, dom av 24. januar 2002, premiss 26.

⁷⁵ Rt. 2001 s. 248, sidene 256 og 257.

Slik jeg ser det blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåfford kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet. Ambulansedriften involverer et personell som har en sentral funksjon ved de oppdrag som utføres. Men samtidig inngår en ambulansebil med egnet innredning og utstyr som en helt nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten.” Høyesterett synes å legge en litt annen oppfatning til grunn i Sas-saken Rt. 2006 s. 71 avsnitt 86:

”Som det fremgår av min gjennomgang av EF-domstolens praksis, har domstolen i tilfeller hvor en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av én innsatsfaktor, ved identitetsbedømmelsen ofte lagt avgjørende vekt på denne. Etter min mening kan imidlertid ””ground handling”-tjenester på en flyplass ikke karakteriseres ved noen enkelt faktor. Spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen, må da avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante.” Mens Høyesterett og EF-domstolene ved tidligere anledninger synes å ha lagt vekt på en av de to karakteristikkene av virksomheten (ref. ”innsatsfaktorer”), unnlater Høyesterett her å følge de kriterier som oppstilles i bl.a Spijkers-saken.⁷⁶

2.3 Overføring av fysiske eller materielle aktiva

Manglende overføring av fysiske aktiva utelukker ikke at identiteten er i behold. Dette vil avhenge av hvilken type virksomhet det er snakk om. Hvis virksomheten ikke er spesielt avhengig av fysiske driftsmidler tillegges ikke manglende overføring av slike driftsmidler særlig vekt. Ved en produksjonsvirksomhet vil det være nærliggende å anta at en overføring av produksjonsutstyret kan være nok til å oppfylle det vesentlighetskravet som EF-domstolen oppstiller i Liikenne-saken⁷⁷. Vurderingen må naturligvis knyttes til de materielle aktiva som karakteriserer virksomhetens identitet. Dette innebærer følgelig at det

⁷⁶ Mer om dette i Holo 2006 s. 898 flg.

⁷⁷ Sak (C-172/99) præmiss 42.

ikke foreligger noe oppstilt krav om overføring av eiendomsretten til produksjonslokalene.^{78 79}

Høyesterett vektlegger i Rt. 2006 s. 71, SAS-saken, avsnitt 91, at SAS overtok materiell for betydelige⁸⁰ verdier av Braathens: *”For det tredje har jeg lagt vekt på at SAS-konsortiet i forbindelse med overtakelsen overtok utstyr for betydelige verdier fra Braathens. Selv om det bare var 95 av rundt 1000 utstyrsenheter som ble overtatt, utgjorde dette i verdi rundt 25 % av det totale utstyr Braathens benyttet. I tillegg kommer avtalen om leie av avisingsutstyr til en verdi av mellom 20 og 25 millioner kroner.”*

Til sammenligning uttales det i Liikenne-saken⁸¹ at andelen som må overføres før det taler for en virksomhetsoverdragelse må være ”væsentlige”.⁸² I de offisielle oversettelsene av dommen betegnes vesentlighetskriteriet på følgende måte;

Svensk: *”betydande”*

Engelsk: *”significant”*

Fransk: *”significatifs”*

Tysk: *”nennenswerten”*

Hvordan skal så denne ”betydelige”⁸³ andelen beregnes? Er det antall enheter, enhetenes omsetningsverdi eller enhetenes ”identitetsbærende effekt” som skal veie tyngst? Disse vage uttrykksformene gir i svært liten grad noen konkrete opplysninger om dette, og kan om ikke annet, understreke at en helhetsvurdering av momentene er nødvendig.

⁷⁸ Jfr. Rt. 2006 s. 71 SAS-saken, avsnitt 90: *”Det forhold at lokalene og det vesentligste av infrastrukturen er eid av Avinor, kan i denne forbindelse ikke tillegges noen vekt, jf. Abler/sodexho-dommen avsnitt 36 og Securicor-dommen avsnittene 36-41.”*

⁷⁹ Mer om dette i Klingsten 2002 s. 56 flg. Se også avgjørelse fra den danske arbeidsretten, AT 81.146-(9421).

⁸⁰ En vurdering av denne begrepsbruken i Stein Evju ”Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006”, Arbeidsrett 2006 Nr. 01, s. 52 flg. (heretter Evju 2006) s. 61 og 62.

⁸¹ Sak (C-172/99) præmiss 43.

⁸² Liikenne trekkes ofte fram som grunnlag for vesentlighesskravet hva overførte aktiva gjelder. I premiss 42 brukes uttrykket: *”transfer to a significant extent”*, mens det i premiss 44 sies: *”transfer of a significant tangible assets”*. Sistnevnte må kunne sies å ha favne noe videre enn bare nivå eller omfang.

⁸³ Se Rt. 2006 s. 71 SAS-saken, avsnitt 91.

2.4 Overføring av immaterielle aktiva og goodwill

De momentene *Spijkers-saken*⁸⁴ oppstiller må som vi tidligere har fastslått, tillegges vekt ut fra en vurdering av hvilken type virksomhet det er snakk om. Det vil med andre ord si at det er nærliggende å anta at service- og handelsvirksomheter i mindre grad må vise til en ”væsentlig” overføring av aktiva for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. Vi må altså se etter andre vurderingskriterier som hvorvidt driften fortsetter i de samme lokalene, om erververen overtar varemærker og virksomhetens goodwill.

I enkelte virksomheter utgjør de immaterielle rettighetene, som patenter, lisensavtaler, varemærker og liknende, de vesentligste aktiva. Dette synet kommer til uttrykk i sak (C-171-94 og C-172/94) *Merchx*.⁸⁵

2.5 Overføring av ansatte

Dette drøftes nedenfor under Kapittel 3.

2.6 Overføring av kundekrets

Også en eventuell overføring av den overdragende virksomhets kundekrets til den ervervende virksomhet skal vektlegges ved identitetsvurderingen. Begrepet ”kundekrets” tolkes vidt. Dette momentet spilte en betydelig rolle i *Merckx-dommen*⁸⁶ hvor erververen ble anbefalt over for overdragerens kundekrets. Også i *Sas-saken*⁸⁷ vektlegges dette momentet: *”For det femte har jeg lagt vekt på at det er den samme kundekrets som ble betjent, nemlig Braathens’ fly og flypassasjerer.”*

⁸⁴ Sak (C-24/85).

⁸⁵ Sak (C-171-94 og C-172/94) *Samling af Afgørelser* 1996 s. I-01253. Saken berører spørsmålet om overføring av en kontraktsposisjon i form av en forhandlerrett. Det ble i saken ikke overført materielle verdier av noe slag, kun forhandlerretten og noen få medarbeider. Reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse.

⁸⁶ Se note 81.

⁸⁷ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 93. Se også sak (C-340/01) *Abler/Sodexo* præmiss 36:

”Det er desuden klart, at den virksomhed, der blev tildelt avtalen, nødvendigvis har overtaget størstedelen af sin forgængers kunder, da der er tale om en fast kundekrets.”

2.7 Driftsstans

Dersom virksomhetens drift er innstilt på overføringstidspunktet, må dette momentet vurderes nærmere. I første rekke er det nødvendig å avklare om det fortsatt er en bestående enhet, eller et "going concern" som kan overføres.⁸⁸ En langvarig driftsstans vil tale mot at identiteten er i behold. Årsaken til driftsstansen vil kunne ha betydning. I en sesongbetont virksomhet og eller under ferielukking vil den midlertidige innstillingen være av liten betydning.⁸⁹

3 I hvilken grad vektlegges overføring av ansatte?

3.1 Innledning

Manglende overføring av ansatte utelukker ikke at identiteten er i behold. Dette vil avhenge av hvilken type virksomhet det er snakk om. Hvis virksomheten ikke er spesielt karakterisert av de ansatte, tillegges ikke manglende overføring av ansatte særlig vekt. Innehar de ansatte høy kompetanse og/ eller ekspertise vil det medføre at overtakelse eller manglende overtakelse av de ansatte tillegges større vekt i identitetsvurderingen. Overtagelse av en større eller mindre del av de ansatte er et av momentene som skal vurderes om direktivet kommer til anvendelse, men det er ikke et vilkår for at direktivet skal komme til anvendelse at ansatte overtas. Det ville ellers ha vært for enkelt ved for eksempel å overta driftsmidler og liknende uten ansatte.⁹⁰

Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokalisering, aktiva i form av fast eiendom, eventuell overtakelse av kundekrets m.v, vil en

⁸⁸ Se mer om dette i Jakhelln/ Aune 2006 s. 1058 og Klingsten 2004 s. 66.

⁸⁹ Dette fastslås i sak (C-287/86) Ny Mølle Kro, Samling af Afgørelser 1987, side 05465 og gjentas i sak (C-101/87) Bork, Samling af Afgørelser 1988, side 03057. Også Høyesterett har behandlet spørsmålet, jfr. Rt. 1995 s. 849. Det avgjørende for vurderingen synes å være hvorvidt virksomheten fremstår som tilnærmet lik også etter overføringen.

⁹⁰ Mer om dette i kap. 4.

tjenesteytende virksomhet mer være preget av selve ytelsen og dermed av personer som utfører denne.

Lovteksten⁹¹ gir liten hjelp hva tolkningen av identitetsvurderingen angår, mens forarbeidene til en viss grad behandler problematikken ved å vise til rettspraksis.⁹²

Domstolenes vektlegging av overføringen av de ansatte vil med andre ord være av betydning for identitetsvurderingen. Hvor mye som skal til for at momentet skal ha særlig vekt, er likevel noe uklart, og EF-domstolen har uttalt seg på forskjellig vis i forskjellige saker. I det følgende vil derfor rettspraksis fra både nasjonale og internasjonale rettsinstanser presenteres og drøftes.

3.2 Süzen-saken⁹³

I Süzen-saken slår EF-domstolen fast at bedømmelsen av hvorvidt en overgang av en arbeidsintensiv virksomhet har beholdt sin identitet, ikke bare måles i graden av likhet mellom overdragende og ervervende virksomhet. Hvis det hverken overføres materielle eller immaterielle aktiva, bør det kunne legges til grunn at det må overtas en betydelig del av de ansatte i gjeldende virksomhet, før det kan hevdes at den ervervende virksomhet har identiteten i behold sammenliknet med den overdragende virksomhet.

I Süzen-saken fastslår EF-domstolen dette med følgende uttalelse; *”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstakere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hitidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave”*.⁹⁴

Et rengjøringssselskap hadde inngått kontrakt med et gymnas om vask av gymnaset lokaler og etter en tid sa gymnaset opp kontrakten. Rengjøringssselskapet sa opp de åtte

⁹¹ Jfr. aml. § 16-1 (1)

⁹² Jfr. NOU 2004:5 s. 361 flg.

⁹³ Sak (C-13/95).

⁹⁴ ibid, premiss 21.

renholderne som hadde vasket på gymnaset. En måned etter ovennevnte kontrakts utløp, inngikk gymnaset en ny kontrakt om rengjøring av lokalene med et annet rengjøringsselskap. Det ble ikke overført aktiva mellom de to rengjøringselskapene, og det forelå ingen kontrakt mellom dem. Domstolen uttaler følgende i premiss 16: *”Det forhold, at en virksomhed maa afgive udfoerelsen af en tjenesteydelse til en konkurrent, er saaledes ikke i sig selv tilstraekkeligt til, at der i henhold til direktivet er tale om en overfoersel. Selv om den virksomhed, som hidtil har udfoert tjenesteydelsen, mister en kunde, bestaar den fortsat fuldt ud, og der er ikke grundlag for at antage, at en af virksomhedens bedrifter eller dele af bedrifter er overdraget til den nye ordremodtager.”* Domstolen slår altså fast at det i dette tilfelle ikke foreligger noen overføring av virksomhet.

Når Süzen-saken tillegges så stor vekt i andre saker som berører spørsmålene om overføring av ansatte, kommer dette av uttalelsene i ovennevnte premiss 21: *”... overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke...”*⁹⁵ Disse gjentas i selve dommen: *”Artikel 1, stk. 1, i Raadets direktiv 77/187/EOEF af 14. februar 1977 om tilnaermelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overfoersel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter skal fortolkes saaledes, at direktivet ikke finder anvendelse i en situation, hvor en ordregiver, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til én entreprenør, opsiges aftalen med denne og indgaar en ny aftale med en anden entreprenør vedroerende udfoerelsen af tilsvarende arbejde, hvis der i denne forbindelse hverken overdrages materielle eller immaterielle aktiver af betydning fra den ene entreprenør til den anden eller af den nye entreprenør overtages en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgaengeren udfoerte det af aftalen omfattede arbejde.”*

Her spesifiserer domstolen andelen av ansatte som bør overtas for at identiteten er i behold. Det oppstilles altså et krav om overføring av en betydelig del av arbeidsstyrken. Hva er så en betydelig del? En språklig forståelse av betydelig er vesentlig eller svært stor.⁹⁶ En nærmere vurdering av de offiselle oversettelsene vil kanskje nyansere uttrykket noe.

⁹⁵ Jfr. sak (C-24/85), Spijkers, premiss 13: *”...hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken...”*.

⁹⁶ Jfr. www.ordbok.no.

I den engelske versjonen brukes uttrykket ”...takes over a major part...”, og dette bekrefter dermed ovennevnte antydninger om at det må dreie seg om størstedelen. I den tyske versjonen benyttes: ”...wesentlichen Teil des Personals übernimmt...“. Det er med andre ord den vesentligste delen av personalet som skal overføres. Den italienske oversettelsen bruker: „...una parte essenziale...”, og betyr noe slikt som den vesentligste eller essensielle delen.

I den svenske versjonen benyttes: ”... övertar en huvuddel...” og dette må kunne sies å bety størstedelen, jfr den engelske versjonen.

Videre åpner domstolen for en nærmere vurdering av denne betydelige delen, sett i lys av deres kvalifikasjoner. Det ligger altså implisitt i utsagnet at jo større kvalifikasjoner arbeidstakeren har, jo større vekt tillegges vedkommende hos domstolen. Dette uttrykkes også i arbeidsmiljølovens forarbeider: ”noen bransjer vil arbeidstakerne utgjøre en vesentlig faktor i helhetsvurderingen (jf. Süzen-saken (C-13/95)). I bransjer som karakteriseres ved høy arbeidskraftsintensitet eller høy grad av spesialkompetanse hos arbeidstakerne, vil den nye innehavers fortsettelse av aktiviteten og overtakelse av et stort antall av de gamle arbeidstakerne kunne være nok til å oppstille identitet og dermed at reglene får anvendelse. I bransjer som renhold eller vakthold kreves det få eller ingen andre driftsmidler av betydning. Det at slike aktiva ikke er overført kan da ikke medføre at reglene ikke får anvendelse. Det avgjørende blir dermed hva som samlet er nødvendig for å kunne drive den aktuelle økonomiske enheten videre.⁹⁷

3.3 Schmidt

EF-domstolen i Süzen-saken synes å forutsette at arbeidstakerne utøver en aktivitet som er av en slik karakter at det er nettopp arbeidstakernes samlede kunnskaper og erfaringer som gjør det mulig å drive virksomheten videre på samme måte. Dette kan for eksempel gjelde

⁹⁷ Jfr. NOU 2004:5 s. 361. Se også sak (C-48/94), Rygaard. Med ordvalget i Rygaard-saken (premiss 21), overtar den nye arbeidsgiver i så fall en organisert helhet av elementer som gjør det mulig på en stabil måte å fortsette den overdragende virksomhets aktiviteter eller noen av disse. Tilsvarende er vist til i senere saker, for eksempel sak (C-127/96, C-229/96 og C-74/97), Vidal m.fl., Samling af Afgørelser 1998, s. I-08179, premiss 32, og sak (C-173/96), Hidalgo m.fl., Samling af Afgørelser 1998, s. I-08237, premiss 32.

tekstforfattere og tegnere i et reklamebyrå. Når det gjelder f.eks renholdsvirksomheter, synes ikke domstolen å veie overføringen av de ansatte like tungt i identitetsvurderingen, selv om de i følgende sak lot direktivets bestemmelser få anvendelse.

I Schmidt-saken⁹⁸ dreide det seg om en enterprise av renholdsoppgaver av et begrenset omfang som ved kontraktens utløp ble overført til et annet selskap etter en anbudsrunde. 100% av de ansatte i virksomheten ble overtatt, nemlig den ene Christel Schmidt, og domstolen slår med dette fast at direktivet kan komme til anvendelse når den aktuelle aktiviteten før overføringen ble ivaretatt av en ansatt: *”Den omstændighed, at den pågældende aktivitet før overførslen blev varetaget af en enkelt ansat, er heller ikke tilstrækkelig til at afskære anvendelsen af direktivets bestemmelser, idet direktivets anvendelse ikke afhænger af antallet af arbejdstagere, der er ansat i den del af virksomheden, der er genstand for overførslen.”*⁹⁹

Domstolen bruker så direktivets formål for å underbygge dette standpunkt: *”Det bemærkes, at direktivet særlig har til formål - hvilket fremgår af den anden betragtning dertil - at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver, især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder. Denne beskyttelse omfatter alle arbejdstagere og skal derfor sikres, selv når overførslen kun berører en enkelt arbejdstager.”*¹⁰⁰ Det er med andre ord ikke nødvendigvis størrelsen det kommer an på.¹⁰¹ Det bør sies at denne avgjørelsen høstet sterkt kritikk, spesielt fra fagmiljøer i Tyskland,¹⁰² nettopp på grunn av at det ikke overføres noen aktiva og likevel ble ansett som virksomhetsoverdragelse av domstolen.¹⁰³ På den annen side synes avgjørelsen å være i samsvar med eldre fransk rett med sin entreprise-activité tolkning, men den franske Cour de Cassation hadde fjernet seg fra denne tolkningsmåten.¹⁰⁴

⁹⁸ Sak (C-392/92).

⁹⁹ ibid, præmiss 15.

¹⁰⁰ ibid.

¹⁰¹ Se også Rt. 1999 s. 977 og sakene (C-232/04 og C-233/04) Securicor.

¹⁰² Jfr. deres tolkning av entreprise-organisasjon.

¹⁰³ Se også sak (C-209/91) Samling af Afgørelser 1992 s. I-00575.

¹⁰⁴ Se f.eks. Amandine Garde: Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings, Common Market Law Review 2002 s. 523.

3.4 Temco-saken¹⁰⁵

I en situasjon hvor ordregiver i henhold til kontrakt har overdratt rengjøring av sine lokaler til en entreprenør som har latt en underentreprenør oppfylle kontrakten, sier opp kontrakten får så å få utført det samme arbeid ved inngåelse av en ny kontrakt med en annen entreprenør kommer direktivet til anvendelse. Dette var tilfelle i Temco-saken og i premiss 24 uttaler EF-domstolen følgende: *”Der må ved bedømmelsen af, om betingelserne for, at der er tale om overførsel af en enhed, er opfyldt, tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder til, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af materielle aktiver, f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, om den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt til, i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Alle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte aspekter af den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret (jf. bl.a. Spijkers-dommen, præmis 13, og Süzen-dommen, præmis 14).”*

Her angir domstolen altså at hvis størstedelen av arbeidsstyrken er overtatt, vil mye tale for at det foreligger virksomhetsoverdragelse. Videre bekreftes tidligere rettspraksis i premiss 25: *”I dom af 14. april 1994 i Schmidt-sagen (sag C-392/92, Sml. I, s. 1311), i Süzen-dommen og i dom af 10. december 1998 i Hernández Vidal m.fl.-sagen (forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Sml. I, s. 8179) har Domstolen allerede skullet tage stilling til spørgsmålet om overførsel af en økonomisk enhed i rengøringsbranchen. Domstolen har udtalt, at afgørelsen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i den pågældende virksomhed, bedrift eller del af bedrift. En økonomisk enhed kan således navnlig i visse brancher fungere uden materielle eller immaterielle aktiver af betydning, og*

¹⁰⁵ Sak (C-51/00).

det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver (Süzen-dommen, præmis 18)."

Mens det i premiss 24 brukes uttrykket "størstedelen av arbeidsstyrken", bruker domstolen et annet uttrykk for å presisere hvilken størrelseorden en overføring av ansatte bør ha før det taler for virksomhetsoverdragelse i premiss 26: *"I visse brancher, hvor aktiviteten i det væsentlige bygger på arbejdskraften, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed. En sådan enhed vil kunne bevare sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave (Süzen-dommen, præmis 21). For så vidt angår et rengøringselskab kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som særligt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed (Hernández Vidal m.fl.-dommen, præmis 27)."* Denne bruken av "betydelig del av arbeidsstyrken", må sees i sammenheng med at domstolen også søker å besvare hvorvidt virksomheten har bevart sin identitet eller ei. Dette reduserer på ingen måte verdien av uttalelsen, men understreker bare igjen at det er svært utfordrende å kunne stadfeste et bestemt antall ansatte som må følge med til ervervende virksomhet før en kan hevde at identiteten er i behold.

3.5 Eidesund/ Stavanger Catering

I *Stavanger Catering-saken*¹⁰⁶ var de relevante aktiviteter som ble overført utstyr, lokaler, varelager og ansatte. 14 av de 19 ansatte i Scandinavian Service Partner (SPP) fikk tilbud om ansettelse og ble overført til vinneren av anbudskonkurransen, Stavanger Catering AS. De fem som ikke ble overført var arbeidslederne. At arbeidslederne ikke ble overført, endret imidlertid ikke hvordan de øvrige arbeidstakerne utførte sitt arbeid. At "ledelselementet" ikke ble overført, kunne etter EFTA-domstolens mening og påfølgende dom i Høyesterett, ikke være et vesentlig moment i vurderingen av om identiteten etter overføringen var i behold.

¹⁰⁶ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i (E 2/95) og Rt. 1997 s. 1965.

I forhold til hvilken vekt overføring av arbeidstakere til erverver generelt skal ha, uttaler EFTA-domstolen generelt i premiss 43: ”Når en høy prosentandel av arbeidstakerne overtas, og når den tidligere virksomheten kjennetegnes av en høy grad av ekspertise hos arbeidstakerne, vil den fortsatte virksomhet av personalet kunne støtte at virksomheten er videreført med samme kontinuitet og identitet”¹⁰⁷.

Dersom arbeidet som skal utføres ikke krever noen særskilt ekspertise eller kunnskaper vil med andre ord overtakelse av ansatte i mindre grad styrke virksomhetens identitet.

Før overføringen ble de 19 ansett for å være ”en enhet” i SSP i den forstand at ansiennitetsberegningen ved driftsinnskrenkning fulgte denne enheten, ikke selskapet som helhet. Videre var det et klart skille mellom SSP og oppdragsgiveren egen virksomhet. For at leveranser av varer eller tjenester skal kunne oppfattes som en egen bedrift, må det foreligge et visst minimum av aktivitet og kontinuitet.¹⁰⁸ Noen få leveranser, eller ikke sammenhengende leveranser, vil neppe være tilstrekkelig. For den foreliggende virksomhet var det sammenhengende tjenesteytelse, på døgkontinuerlig basis gjennom flere år.

EFTA-domstolen uttaler at overtakelse av ansatte etter omstendigheten kan støtte at det foreligger virksomhetsoverdragelse, mens fravær av en slik overtakelse ikke nødvendigvis tilsier det motsatte.¹⁰⁹

I vurderingen av overføring av de ansatte viser Høyesterett i Stavanger Catering-saken¹¹⁰ til vurderinger inntatt Süzen-saken¹¹¹ og EFTA-domstolens uttalelse i Ask-saken¹¹². I Ask-uttalelsen, som gjaldt tidsbegrensede kontrakter om vedlikeholds- og modifikasjonsarbeid på en oljeplattform, viser EFTA-domstolen til egne uttalelser i Stavanger Catering om krav til overføring av en høy prosentandel av de ansatte som innehar høy grad av ekspertise.

¹⁰⁷ Tilsvarende vurdering i bl. a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Ulstein-saken, E-2/96, premiss 36.

¹⁰⁸ E-2/95 premiss 37.

¹⁰⁹ Se i denne forbindelse sak (C-171/94 og C-172/94) Merckx, hvor det ble lagt til grunn at det faktum at størstedelen av personalet ble oppsagt i forbindelse med overføringen, ikke kunne være tilstrekkelig til at direktivet ikke kommer til anvendelse. Erververen overtok 14 av 64 ansatte.

¹¹⁰ Rt 1997 s. 1965.

¹¹¹ Sak (C-13/95).

¹¹² Sak (E-3/96). Denne uttalelsen kom forøvrig mellom EFTA-uttalelsen i Stavanger Catering og Høyesteretts behandling av samme sak.

Høyesterett i Stavanger Catering omtaler Ask-saken som om den her har brukt tilsvarende uttrykk som Süzen-saken¹¹³: ”... efter antal og kvalifikasjoner betydelig del af den arbejdsstyrke...”. Høyesterett sluttet seg i Stavanger Catering-saken til EFTA-domstolens uttalelser og konkluderte med at en betydelig del av de ansatte med hensyn til antall og kvalifikasjoner var overført, og at vilkårene for virksomhetsoverdragelse etter aml. (1977) § 73 A var oppfylt.

3.6 Liikenne-saken¹¹⁴

Et regionalt finsk samarbeidsorgan tildelte et busselskap driften av syv bussruter. Disse hadde tidligere vært drevet av et annet selskap. Overdrageren drev ruten med 26 busser og sa ved tap av konsesjonen opp ansettelsesforholdet til sjåførene. Det ble ikke overført vesentlige aktiva til erververen, men 33 av 45 sjåførere fra overdrageren begynte å jobbe hos erververen. Med andre ord størstedelen av sjåførene. Selv om størstedelen av de ansatte ble overtatt, var ikke dette i seg selv tilstrekkelig til at det forelå virksomhetsoverdragelse idet busstransport ikke kunne anses å være en aktivitet som i det vesentlige var basert på arbeidskraft: ”Kommissionen har i denne forbindelse under henvisning til Süzen-dommen anført, at den manglende overdragelse af aktiver mellem den gamle og den nye modtager af kontrakten vedrørende bustransporten er en uvæsentlig omstændighed, og at det forhold, at den nye kontraktmodtager har overtaget en væsentlig del af forgængerens personale, derimod er afgørende¹¹⁵.”

Domstolen er ikke enig i dette resonnementet fra EU-kommisjonen og utdyper:

”Bustransport kan ganske vist ikke anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg (jf. den samme konstatering for så vidt angår anlæg af minegange, dommen i sagen Allen[C-234/98] m.fl., præmis 30). Den manglende overførsel af materielle aktiver til drift af de pågældende busruter fra den gamle til den nye kontraktmodtager er en omstændighed, der skal tages i betragtning.”¹¹⁶.

¹¹³ Sak (C-13/95).

¹¹⁴ (C-172/99).

¹¹⁵ ibid, premiss 36.

¹¹⁶ ibid, premiss 39.

Den manglende overføring av materielle aktiva som synes uunnværlige for driften av bussrutene, fra den gamle til den nye kontraktmottaker, er en omstendighet som retten fant skulle veie tyngre enn overføringen av størstedelen av arbeidsstyrken.¹¹⁷

3.7 Løten

De ansatte må være kvalifisert til oppgaver som den nye arbeidsgiver skal ha utført. Særlig i Løten-dommen Rt. 1997 s. 1954 kommer forholdsvis snevre grensedragninger om dette til uttrykk. Bakgrunnen for ulike kvalifikasjonskrav fra kommunens side var å iverksette et prosjekt med 6-åringer i skolen i forkant av den generelle 6-års-reformen i norsk skole, noe som skilte seg fra ordningen ved Østvang Fritid hvor tilbudet i større grad falt sammen med tilbudet under skolefritidsordningen. Uten å ha tatt stilling til om de tidligere ansatte kunne ha utført arbeidet, fant førstvoterende at virksomheten ikke beholdt sin identitet ved overføringen til kommunen ved å legge avgjørende vekt på de sider som kunne knyttes til de ansattes kvalifikasjoner og på innholdet av de tilbud som ble gitt barna som var omfattet av ordningen. Førstevoterende uttaler i avsnitt 2 følgende:

”Jeg nevner først at jeg, i likhet med partene, ikke legger særlig vekt på at Østvang Fritid overlot en del løsøre og innbo til kommunens fortsatte bruk i Søsterboligen, og at det heller ikke - i arbeidstakernes disfavør - bør legges noen vekt på at det forut for starten i kommunal regi var et opphold på en måned. Etter min mening bør spørsmålet om identitet i forhold til en virksomhet av den art som Østvang Fritid drev, først og fremst knyttes til omstendighetene rundt virksomhetens innhold, derunder i hvilken grad den var preget av de personer som var ansatt, hvem virksomheten var rettet mot og hvorledes den måtte oppfattes av omverdenen. Jeg finner i denne forbindelse grunn til spesielt å referere premiss 21 i dommen i Süzen-saken hvor EF-domstolen uttaler følgende:

”I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel,

¹¹⁷ Det bør nevnes at de fleste sjåførene fikk tilbud om å fortsette sitt ansettelsesforhold hos erververen og gjorde dette. De fikk i midlertidig dårligere betingelser hos erververen og reiste søksmål for å oppnå de samme betingelsene de tidligere hadde hatt. Se også sak (C-173/96 og C-247/96) Hidalgo m.fl. premiss 32.

når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtar en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av den arbeidsstyrke, som hos forgæengeren spesielt utførte denne oppgave. ...”

Når spørsmålet til slutt blir om virksomheten har bevart sin identitet, vil svaret måtte gis ut fra en sammenligning mellom den virksomhet som ble drevet av Østvang Fritid og den virksomhet som senere fant sted i kommunal regi. I begge tilfeller ble virksomheten drevet i de samme lokaler og med barnefamiliene i skolekretsen som målgruppe. Så langt er det naturlig å oppfatte den kommunale ordning som en fortsettelse av Østvang Fritids virksomhet. Når jeg likevel har kommet til at virksomheten ikke beholdt sin identitet ved overføringen til kommunen, har det sin årsak i at jeg legger avgjørende vekt både på de sider ved virksomheten som kan knyttes til de ansattes kvalifikasjoner, og på innholdet i det tilbud som ble gitt de barna som var omfattet av ordningen. Slik jeg ser saken, er det nær sammenheng her.

Østvang Fritid hadde som nevnt besluttet å avslutte sin virksomhet samtidig som alle ansatte var oppsagt til fratrekken ved skoleårets slutt. Kommunen oppfattet situasjonen dithen at man dermed sto fritt til å bestemme hvilke personer som skulle ansettes i de ledige stillingene i Søsterboligen og derunder hvilke faglige kvalifikasjoner personalet skulle ha. I denne forbindelse er det betegnende at de tre stillinger hvor kommunen ønsket faglært personale, uten unntak ble bemannet med andre arbeidstakere enn de som hadde vært ansatt hos Østvang Fritid. To av disse hadde førskolelærerutdanning med videreutdanning i veiledningspedagogikk. Disse to skulle arbeide med 6-åringene. Den tredje var også utdannet som førskolelærer og ble tilsatt som leder for skolefritidsordningen. Tidligere besto det fagutdannede personalet av to personer, utdannet som henholdsvis adjunkt og førskolelærer. Ingen av disse er parter i saken.”

Poenget er her som ellers, nemlig hva som gjør at virksomheten kan drive videre eller drives videre. Man kan derfor etter rettens syn, ikke bare telle antall ansatte, men må også se hen til kvalifikasjonene er de samme før og etter overføringen. På bakgrunn av blant annet dette fant Høyesterett at direktivets bestemmelser ikke kom til anvendelse. Hvis det for eksempel er fem av 20 som er nøkkelpersonene ved drift av fiskemottak, og de øvrige

15 er ufaglært arbeidskraft, vil det altså kunne ha betydning hvis de fem eller et flertall overtas av erververen.

3.8 Sas-saken

I SAS-saken¹¹⁸ dreide det seg om både overføring av personell og materiell. SAS overtok Braathens bakkehåndteringsvirksomhet¹¹⁹, Braathens la ned denne virksomheten og kjøpte så tilsvarende tjenester av de SAS-eide selskapene SGS (bakkehåndetringen) og STS (avisingen). SAS overtok en begrenset mengde med personell og materiell, og både tingretten og lagmannsretten kom til at identiteten ikke var i behold etter overføringen. Høyesterett var i midlertidig av en annen oppfatning og uttaler følgende om identitetsvurderingen i avsnitt 86:

”Som det fremgår av min gjennomgang av EF-domstolens praksis, har domstolen i tilfeller hvor en virksomhet i hovedsak har vært karakterisert av én innsatsfaktor, ved identitetsbedømmelsen ofte lagt avgjørende vekt på denne. Etter min mening kan imidlertid ””ground handling”-tjenester på en flyplass ikke karakteriseres ved noen enkelt faktor. Spørsmålet om virksomhetens identitet er i behold etter overføringen, må da avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av alle de faktorer som etter EF-domstolens praksis er relevante.”

Mens Høyesterett og EF-domstolene ved tidligere anledninger synes å ha lagt vekt på en av de to karakteristikkene av virksomheten (ref. ”innsatsfaktorer”), unnlater Høyesterett her å følge de kriterier som oppstilles i bl.a Spijkers-dommen.¹²⁰

Hva overføringen av de ansatte gjelder uttaler retten i avsnitt 92 følgende: *”For det fjerde har jeg lagt vekt på at en ikke ubetydelig del av de ansatte i Braathens’ bakketjenester ble overtatt av SAS-konsortiet. Av totalt 1130 personer fordelt p på 1066 årsverk ble 265 personer fordelt på ca. 200 årsverk overtatt av SGS.”*

Det er her interessant å se at Høyesterett velger å benytte uttrykket ”ikke ubetydelig del” for å beskrive mengden av ansatte som fulgte med. Dette avviker for eksempel fra

¹¹⁸ Rt. 2006 s. 71.

¹¹⁹ På fagspråket også kjent som ”ground handling).

¹²⁰ Mer om dette i Holo 2006 s. 898 flg.

uttrykkene størstedel eller vesentlige, brukt i tidligere rettspraksis.¹²¹ Bakgrunnen for valg av uttrykksform må ha sammenheng med at det kun er overført 200 av 1066 årsverk, det vil si 18,8 % eller 265 av 1130 personer (23,5 %).¹²² Retten slår altså fast at denne mindre delen som utgør godt under halvparten av de ansatte, ikke er betydelig, men heller ikke ubetydelig. På en prosentskale vil dette begrepet tilsi verdier mellom 0,1 % og 50 %. Kanskje nærmere femti enn null komma en, men retten finner altså anvendelse av uttrykket ”ikke ubetydelig” helt ned til 18, 8%.

Det vil i så tilfelle være hensiktsmessig å veie denne ikke ubetydelige andel av de ansatte opp mot deres kvalifikasjoner for å søke ytterligere informasjon om dette vurderingsgrunnlaget. Høyesterett velger i midlertidig å se fullstendig bort fra denne etablerte rettspraksis i SAS-saken, og nevner ikke de ansattes kvalifikasjoner eller funksjoner med et ord, og verdien av uttrykket får dessverre således en begrenset rettskildeverdi.¹²³

Det kan i denne sammenhengen være interessant å se nærmere på lagmannsrettens¹²⁴ og tingrettens¹²⁵ behandling av spørsmålet.

I lagmannsretten formulerer retten seg noe annerledes enn hva Høyesterett senere velger å gjøre, ved å snevre inn vurderingstemaet og øke kravene til omfanget av hva som skal overføres. Dette uttrykkes av flertallet på side 17 i dommen: *”For å kunne konstatere at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i en slik situasjon, må det foreligge elementer som viser at enheten likevel har beholdt sin identitet, her ved ansatte og utstyr. Den rettspraksis som foreligger må forstås slik at når en står overfor en blandingsvirksomhet som foreliggende, må det kreves at en vesentlig eller betydelig del av de ansatte og utstyret sett under ett overføres for at identiteten skal være i behold. 319 personer er et høyt antall, og 28 % av arbeidsstokken som tilsvarende 22 % av årsverkene er en stor del av virksomhetens arbeidsstyrke, men sett i relasjon til identitetsspørsmålet er dette isolert sett neppe*

¹²¹ Jfr.sak (C-24/85) Spijkers hvor retten bruker ”the majority of the workforce”.

¹²² Dette antallet sto foran behandlingen i Høyesterett. I underrettsinstansene var dette noe annerledes.

¹²³ Se Evju 2006 s. 63 if. for mer om dette.

¹²⁴ Sak LB-2004-3561 (SAS/ Braathens), dom i Borgarting lagmannsrett 18. mars 2005.

¹²⁵ Sak nr. 02-2742 A/01 m.fl. (SAS/ Braathens), dom i Asker og Bærum tingrett 15. oktober 2003.

tilstrekkelig til å si at en vesentlig eller betydelig del av de ansatte er overført. SGS overtok utstyr fra Braathens som var nødvendig for utvidelsen av driften, men både i antall og verdi hadde dette et omfang som isolert sett ikke kan anses som en vesentlig eller betydelig del av Braathens totale utstyrspark. Flertallet har etter dette kommet til at overføringen av ansatte, årsverk og utstyr, har et omfang som er for lite til å kunne si at Braathens Ground Handling har beholdt sin identitet etter overføringen.” Dette synes å være i større harmoni med tidligere rettspraksis, og lagmannsretten bruker ikke bare begrepet ”vesentlig”, men også ”betydelig del”. Med andre ord kan det se ut som retten her velger å likestille begrepene.

I tingrettens behandlinganførte prosessfullmektig Kambestad for de saksøkte, at reglene om virksomhetsoverdragelse måtte komme til anvendelse, blant annet fordi en del av de tidligere Braathens ansatte var overført til SGS eller STS.¹²⁶ Han henviste i sin prosedyre til ”Süzen-saken” og juridisk litteratur hva dette spørsmålet angikk.¹²⁷ Disse henvisningene var relevante.

De saksøktes prosessfullmektig (SAS) Næss hevdet på sin side at overføringene av de ansattes årsverk representerte en så liten prosentandel (18,6 %), og at dette sammen med en mindre overføring av materiell (7,5 % -8,3 %), ikke var nok for at direktivets bestemmelser skulle komme til anvendelse.

Rettens flertall¹²⁸ la så til grunn at overføringen av ansatte og utstyr måtte stå i fokus.¹²⁹

Flertallet uttaler så følgende: *”Det er knyttet liten usikkerhet til overføringen av ansatte. Flertallet finner at det beste målet for overføring av ansatte er å telle årsverk. At årsverkene er fordelt på et større antall arbeidstakere pga omfattende bruk av deltid, kan ha betydning i en vurdering av formålsbetraktninger eller i en generell rimelighetsvurdering. Men antall arbeidstakere kan bare ha beskjedne vekt ved vurderingen av de ansattes betydning for identiteten sammenlignet med antall årsverk.*

¹²⁶ Undertegnede var tilstede under hele behandlingen og henvisning til egne notater kan i det videre forekomme.

¹²⁷ Jfr. egne notater, sak (C-13/95) og Klingsten 2002 s. 58 flg.

¹²⁸ Rettens formann Jens-Sveinung Wegner og oppnevnt arbeidslivskyndig meddommer Leif I. Hansen.

¹²⁹ Sak nr. 02-2742 A/01 m.fl. (SAS/ Braathens), dom i Asker og Bærum tingrett 15. oktober 2003, s. 46.

*Antall årsverk som ble brukt i Ground Handling-virksomheten i Braathens, noe over 1000, er uomtvistet, og av disse ble under 20% overført til SGS 1.9.2002. Legger man til de som ble overført 1.9-31.12.2002, blir tallet på ca 22%". Denne beskjedne graden av vekt overføringen av de ansatte tillegges er forståelig. Det synes i midlertidig noe underlig at flertallet her velger å se fullstendig bort fra de ansattes kvalifikasjoner i og med at den samme retten tidligere i dommen fastslår at: "i vår sak må særlig ansatte og utstyr stå i fokus."*¹³⁰

Mindretallet¹³¹ i saken var av en annen oppfatning også i spørsmålet som berører overføringen av ansatte:

"Mindretallet finner at overføringen av ansatte og utstyr, slik flertallet beskriver det foran, må karakteriseres som så vesentlig at det i seg selv betyr at identiteten er i behold. det er heller ikke lagt frem avgjørelser fra EF-domstolen som underbygger noe absolutt krav om at minst en viss mende utstyr og en viss del av ansatte må overføres før identiteten kan anses i behold. Det er særlig uttrykket "en vesentlig del" som er benyttet, og dette kan ikke oppfattes som "minst halvparten".

I Süzen-dommen 11.3.1997 sies det at identiteten kan opprettholdes ved overtagelse av "en efter antal og kvalifikationer betydelig del af" arbeidsstyrken. Mindretallet mener dette vilkår er oppfylt i denne saken, selv om antall årsverk bare er 20-22 %. Antall ansatte som er overført, er over 300 personer, dvs nærmere 30 % av antall ansatte i Braathens sin Ground Handling. I seg selv er dette store antall tilstrekkelig, spesielt siden de også innehar de kvalifikasjoner som skal til for å drive Ground Handling-virksomhet. For øvrig vises også til Schmidt-dommen 14.4.1994 som omhandler bare en ansatt, men hvor forholdet allikevel falt inn under direktivet.

SGS har gitt uttrykk for at de knyttet til seg (ga ansettelse til) bare det antall personer de trengte, vurdert utelukkende i et kompetansemessig og bedriftsøkonomisk perspektiv. I vurderingen av uttrykket "betydelig del" legger mindretallet dermed også vekt på at den arbeidsstyrke som ble overført, i alle fall er betydelig for SGS i den forstand at SGS var

¹³⁰ Jfr. note 125.

¹³¹ Oppnevnt arbeidslivskyndig meddomer Roger Hansen.

helt avhengig av disse personene for å kunne drive virksomheten videre etter Braathens sin Ground Handling-funksjon var overtatt.

Mindretallet er enig med flertallet i at det er knyttet liten usikkerhet til antall årsverk som er overført. Men i denne saken må det forhold at det er mange deltidsansatte, tillegges vesentlig betydning. Dermed er det overført et betydelig høyere antall personer enn årsverk. Mindretallet legger vekt på at dette har vært en alminnelig og nødvendig ansettelsesform både i SAS og Braathens sine Ground Handling-virksomheter også før overdragelsen. Av denne grunn og i lys av det personell SGS faktisk ansatte for å fylle ulike funksjoner, må det legges mindre vekt på antallet årsverk som ble overført. Formålet med regelen om virksomhetsoverdragelse – å verne om arbeidstakerne ved overføring av en virksomhet – tilsier også at hovedvekten legges på antall personer og ikke antall årsverk.”

Meddommer Hansen foretar i sin vurdering en adskillig grundigere redegjørelse for hvilken betydning overføringen av ansatte bør ha ved identitetsvurderingen enn flertallet og knytter ikke bare sakens fakta opp mot tidligere rettspraksis, men redegjør også for en interessant tolkning av begrepet ”vesentlig del” når han hevder at dette ikke trenger å være mer enn halvparten.

Videre knytter han vurderingen av ”betydelig del” opp mot de ansattes faktiske betydning for driften, og ikke bare som en indikasjon på antallet ansatte som er overført. Således gir uttalelsen til en viss grad også innsikt i vurderingen av de ansattes kvalifikasjoner.

Dommens vekt i seg selv er naturligvis av mindre betydning som selvstendig rettskilde. På bakgrunn av manglende nyansering omkring begrepsbruken i rettspraksis, kan det likevel være interessant å se nærmere på konkrete vurderinger som de ovenfor, hvor en av dommerne gir en svært spennende redegjørelse for vekten overføringen av ansatte etter hans skjønn, bør ha ved virksomhetsoverdragelse og ikke minst hvordan denne avveiningen kan foretas.

3.9 Securicor

I EF-domstolens behandling av Securicor-sakene¹³² drøfter domstolen også spørsmålet om overføring av ansatte. Det ervervende selskap Kötter utførte kontroll av baggasje og

¹³² Sakene (C-232/04 og C-233/04)

passasjerer ved Düsseldorf lufthavn etter å overtatt driften av disse tjenestene fra overdrageren Securicor. Kötter var ikke spesielt interessert i å overta 306 ansatte fra Securicor, og domstolen uttaler følgende i premiss 33: *”Ved bedømmelsen af, om betingelserne for, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, er opfyldt, må der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder ved overførslen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet (jf. bl.a. dom af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, præmis 24, Spijkers-dommen, præmis 13, Süzen-dommen, præmis 14, og dommen i sagen Abler m.fl., præmis 33).”*

Domstolen velger å bruke begrepet ”overtaget størstedelen af arbejdsstyrken” ved sin oppstilling av hvilke kriterier som bør legges til grunn ved identitetsvurderingen. Dette skiller seg fra uttrykket ”betydelig del” som blant annet benyttes i Süzen-saken¹³³, men er identisk med domstolens begrepbruk i bl.a Temco-saken¹³⁴. En språklig forståelse av ”størstedelen” tilsier en del som er over halvparten så stor som andre deler, altså den største delen. I prosenter vil dette utgjøre deler på mer enn 50%.

Dette vil i tilfelle kunne bety at domstolen har skjerpet sitt krav til andelen ansatte som overføres for momentet skal tillegges vekt ved identitetsvurderingen og kan neppe være tilsiktet.

3.10 Olderdalen ambulanse

Høyesteretts dom i SAS-saken¹³⁵ bidrar bare til en viss grad å klargjøre den rettsusikkerhet som finnes hva konkretiseringen av identitetsvurderingen angår, og dette synes å være en

¹³³ Sak (C-13/94) premiss 21.

¹³⁴ Sak (C-51/00) premiss 24.

¹³⁵ Rt. 2006 s. 71.

kjent problematikk også for EF-domstolen. I Rt. 2001 s. 248, Olderdalen Ambulanse, skisseres vurderingsgrunnlaget for helhetsvurderingen noe snevrere.

Sakens faktum er i korte trekk som følger.

Et ambulansefirma sa opp driftsavtalen med fylkeskommunen fordi de syntes driftstilskuddet var for lite. Denne driftsavtalen hadde de da hatt i 12 år, og selskapet hadde tre ansatte ved overføringen. Alle disse fikk tilbud om ansettelse hos det selskapet som fikk ny driftsavtale med fylkeskommunen, Olderdalen Ambulanse AS. Betingelsen for dette tilbudet var at de ikke organiserte seg i en fagorganisasjon. Tilbudet, men ikke betingelsen ble akseptert. Høyesterett kom til at dette vilkåret var ulovlig, men da arbeidstakerne ikke hadde akseptert avtalen slik den var tilbudt, kunne det etter Høyesterett sitt syn ikke sies å være kommet i stand en avtale om ansettelse. Da det ikke ble overført ansatte, vurdert ikke Høyesterett hvorvidt arbeidstakerne tilfredsstilte vilkåret til ”høy grad av ekspertise”¹³⁶. Legges det til grunn av arbeidstakerne tilfredsstiller kvalifikasjonskravene, ville arbeidstakernes aksept av vilkåret og overføring til ny arbeidsgiver kunne tale for at identitetsvilkåret var oppfylt.

Olderdalen Ambulanse AS ansatte tre andre i stedet. Det ble ikke overført noen ambulanser. Da to av de tidligere sjåførene reiste søksmål, måtte tilslutt Høyesterett ta stilling til saken, og de bedømte spørsmålet om identitet og enhet på følgende måte:

”Den ambulansetjeneste som Kåffjord Ambulanseservice AS drev, og som ble overtatt av Olderdalen Ambulanse AS, var Kåffjord Ambulanseservice AS’ totale virksomhet. Driften i dette selskapet ble derfor avsluttet en tid etter overtakelsen. Det kan følgelig ikke være tvilsomt at ambulansedriften på døgnbasis i Kåffjord kommune på Kåffjord Ambulanseservice AS’ hånd var en selvstendig økonomisk enhet.

Det sentrale spørsmål i saken er derfor om denne enheten beholdt sin identitet etter at ambulansetjenesten ble overtatt av Olderdalen Ambulanse AS. Det synes på det rene at denne tjenesten etter overtakelsen ble drevet på samme måte som tidligere, mot et fast årlig økonomisk vederlag fra fylkeskommunen og i henhold til de vilkår som for øvrig gjaldt for en slik virksomhet. Sett fra lokalbefolkningens side var det knapt mulig å registrere noen

¹³⁶ Rt. 2001 s. 248 avsnitt 5.

*forskjell. At døgnambulansetjenesten på Olderdalen Ambulanse AS' hånd ble drevet i tillegg til den dagambulansetjeneste innenfor samme område som dette selskapet allerede fra tidligere hadde hånd om, kan neppe tillegges noen betydning ved vurdering av spørsmålet om det som var en selvstendig økonomisk enhet, beholdt sin identitet. Det følger som nevnt av EF-domstolens praksis at domstolene ved vurderingen av dette spørsmålet må ta hensyn til karakteren av den virksomhet som er overtatt. Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en tjenesteytende virksomhet i større grad være preget av selve ytelsen og dermed av de personer som utøver virksomheten. Både rengjøring og vakthold vil kunne utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler involvert i virksomheten. Slik jeg ser det, blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåffjord kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet. Ambulansedriften involverer et personell som har en sentral funksjon ved de oppdrag som utføres. Men samtidig inngår en ambulansebil med egnet innredning og utstyr som en helt nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten. Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at virksomhetens identitet, slik dette kravet er utformet gjennom den praksis som jeg har gjort rede for, i stor grad må være knyttet nettopp til de ansatte og til ambulanse bilen. Når verken ansatte eller bil var med i den virksomhet som Olderdalen Ambulanse AS fortsatte fra 1. oktober 1998, har det ikke skjedd noen virksomhetsoverdragelse som kan gi Mo og Dalvik vern etter direktivet, og dermed heller ikke etter arbeidsmiljøloven kapittel XII A. Mo og Dalvik har fremholdt at Olderdalen Ambulanse AS' ambulansebil ble stasjonert i den samme garasje som ble benyttet av Kåffjord Ambulanseservice AS, og videre at Olderdalen Ambulanse AS overtok sambandsutstyr og hjertestarter som tilhørte henholdsvis fylkeskommunen og kommunen. Slik jeg ser det, er dette mindre vesentlige momenter i helhetsvurderingen som ikke kan endre den konklusjon som jeg er kommet til.*¹³⁷

¹³⁷ Rt. 2001 s. 248, avsnitt 3.

Her understreker altså Høyesterett gjennom sitt resonnement at virksomhetens identitet i stor grad er knyttet opp mot de ansatte og ambulans bilen og oppstiller en skillelinje mellom arbeidsintensive¹³⁸ virksomheter som for eksempel rengjøringsbyråer, vaktjeneste, barnepass, reklamebyråer, regnskapsbyråer, advokattjenester mv. på den ene side, og kapitalintensive¹³⁹ virksomheter som produksjonsbedrifter på den andre side: ”Slik jeg ser det blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåffjord kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet. Ambulansedriften involverer et personell som har en sentral funksjon ved de oppdrag som utføres. Men samtidig inngår en ambulans bil med egnet innredning og utstyr som en helt nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten.” Høyesterett fastslår deretter at virksomheten i Olderdalen Ambulanse AS må kunne sies å ligge et sted mellom disse to hovedgrupper av virksomheter: ”Slik jeg ser det, blir den ambulansetjeneste som ble drevet i Kåffjord kommune, liggende imellom disse to typene virksomhet”.¹⁴⁰ Dette taler for at Høyesterett antagelig ville veiet en eventuell overføring av ansatte relativt tungt ved identitetsvurderingen. Det er interessant å registrere at Høyesterett ikke finner det nødvendig å vektlegge det faktum at de tre ansatte faktisk aksepterte ansettelsestilbudet fra Olderdalen Ambulanse AS med unntak av den ulovlige betingelsen hva organiseringsretten angikk.

Dommen har skapt debatt fordi den til en viss grad åpner for å omgå direktivets bestemmelser ved enkle organisatoriske grep.¹⁴¹

3.11 Sammenfatning

Rettspraksis tilkjenner at det kan være vanskelig å gi noe konkret svar på hvordan overføringen av ansatte bør vektlegges ved identitetsvurderingen og dommene er i svært liten grad presiserende når det gjelder den konkrete grensedragningen. Til det er premissene om de enkelte momentene i helhetsvurderingen for knappe, og den

¹³⁸ Jfr. note 66.

¹³⁹ Jfr. note 67.

¹⁴⁰ Denne avgjørelsen kan sees i sammenheng med EF-domstolens avgjørelse i sak (C-340/01). Her blir i midlertidig utfallet noe annet som følge av rettens vektlegging av kontinuitetsspørsmålet hva oppdragsgivers produksjonsutstyr gjelder.

¹⁴¹ Mer om dette i kapittel 4.

helhetsvurderingen retten foretar gir i svært liten grad noen ytterligere hjelp til å forstå identitetsvurderingen. Dermed blir både vurderingen av enkeltmomentene og avveiningen til en viss grad utydeliggjort.

Dette synes å være et tilbakevendende problem og tema for EF-domstolen. Professor Stein Evju kommenterer problemstillingen på følgende måte: *”Med vage kriterier for når noe er relevante momenter, og vage retningslinjer for den helhetlige vurdering, er det stadig vanskelig å gi sikre svar på hva som skal til for at det skal – eller ikke skal – foreligge en «virksomhetsoverdragelse». Det er fortsatt grunn til å stille spørsmål om hvor og hvordan grensene går. Det betyr også at en viss grad av rettsusikkerhet råder, med tilhørende mangel på forutberegnelighet.”*¹⁴²

Gjennomgått rettspraksis tyder på at overføring av ansatte vektlegges dersom enhetens identitet karakteriseres av arbeidskraften. Dette være seg som et selvstendig moment eller i sammen med andre momenter som karakteriserer enhetens identitet. Hvorvidt identiteten karakteriseres av arbeidskraften, beror som vi har sett, på en vurdering av arbeidstakernes spesielle kvalifikasjoner og deres betydning for driften i virksomheten. Mangel på spesielle kvalifikasjoner utelukker ikke at identiteten fortsatt er i behold.¹⁴³ Ved arbeidsintensive¹⁴⁴ virksomheter vil en overføring av etter en antall og kvalifikasjoner betydelig del av den arbeidsstyrken som hos forgjengeren utførte virksomheten, medføre at direktivets bestemmelser kommer til anvendelse. Dette gir likevel liten hjelp til spørsmål som hvor stor andel av de ansatte må overtas for at det foreligger virksomhetsoverdragelse.

Spørsmålet for domstolene blir altså ikke om overføring av ansatte skal tillegges vekt, men hvor tungt momentet skal veie ved en helhetsvurdering. Utfordringen må kunne sies å være at domstolene i større grad presiserer disse vage og lite informative uttalelsene som dessverre synes å være representative i rettspaksis.

¹⁴² Se Evju 2006 s. 64.

¹⁴³ Jfr. f.eks sak (C-392/92) Schmidt.

¹⁴⁴ Jfr. note 66.

4 I hvilken grad bør overføring av ansatte vektlegges?

4.1 Innledning

På bakgrunn av forannevnte rettspraksis, kan det ved enkelte anledninger synes som om ervervende virksomhet ved å foreta enkle administrative disposisjoner hva overføring av ansatte gjelder, mer eller mindre bevisst har omgått direktivets bestemmelser om virksomhetsoverdragelse.¹⁴⁵ Det vil i det følgende derfor tas stilling til hvorvidt overføringen av ansatte bør vektlegges ved identitetsvurderingen. I denne sammenhengen faller det naturlig å se på tilfeller fra rettspraksis hvor omgåelse av direktivet har vært drøftet. Videre vil det avslutningsvis kort redegjøres for den problematikken sirkelslutning eller sirkelresonnementet representerer.

4.2 Kan direktivets bestemmelser omgås?

På bakgrunn av Høyesteretts tolkning og anvendelse av reglene, og kravet til identitet i Olderdalen Ambulanse AS,¹⁴⁶ vurderte arbeidslivslovutvalget hvorvidt anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse burde utvides.¹⁴⁷

I arbeidslivslovutvalgets utredning kan det se ut som kravene i forhold til identitetsvurderingen bør endres til å favne videre hva identitetsvurderingen angår: *”Det bør derfor vurderes om kravet til ”identitet” etter overdragelsen i enkelte tilfeller bør reduseres eller endres, for eksempel ved kontraktsutsetting og skifte av kontraktsinnehaver, herunder ved anbud”*.¹⁴⁸ Utvalget ønsker å begrense denne endringen av identitetskravet til typer av virksomheter hvor kontraktutsetting og anbudsrunder er vanlig. Transport- og ambulansevirksomheter nevnes som eksempler. Utvalget foreslår en egen gjennomskjæringsregel i tilfeller der det er grunn til å tro at manglende overtagelse av eksempelvis ansatte eller aktiva, er motivert i å unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse.¹⁴⁹ Utover å nevne at *”der det er grunn*

¹⁴⁵ Hverken EF-domstolen eller Høyesterett har fått forelagt en ”ren” omgåelsessak.

¹⁴⁶ Rt. 2001 s. 248.

¹⁴⁷ NOU 2004: 5 s. 364.

¹⁴⁸ *ibid.*

¹⁴⁹ *ibid.*

til å tro”, går utvalget ikke nærmere inn på vurderingen av hva som skal til for at ”*det er grunn til å tro*”.

Også utvalget anser det vanskelig å finne frem til klare og forutberegnlige regler for å hindre planlagt omgåelse av reglene¹⁵⁰. Utvalget viser blant annet til at markedet for tjenesteytelse utgjør et sammensatt mangfold hvor de enkelte kontraktene varierer stort i ressursinnsats og tid. De enkelte aktører varierer tilsvarende fra mindre distriktsbaserte tjenesteytere, til større internasjonale konserner. Tidligere rettspraksis berører kun en begrenset del av dette markedet. Innenfor dette mangfoldet vil ulike hensyn til konkurranse, næringsutvikling og arbeidstakervern gjøre seg gjeldende med ulik styrke. Det finnes imidlertid eksempler på avtaler og regelverk hvor det finnes regler som antas å være begrunnet i at arbeidstakernes rettigheter ved overføring til ny innehaver, skal inneha rettigheter som tilsvarer de som følger av reglene om virksomhetsoverdragelse. Et eksempel er EF-domstolens avgjørelse i *Temco-saken*¹⁵¹, som omhandler skifte av renholdskontrakt. I den inngåtte tariffavtale var det regler som påla nye innehaver å tilby ansettelse til minst 75 % av de ansatte hos den forrige innehaveren. Den tidligere innehaveren var dessuten forpliktet til å forsøke å sikre videre ansettelse for sine ansatte, enten ved overføring til ny innehaver, eller ved reorganisering av egen virksomhet. I forbindelse med anbudsinnbydelser finnes det eksempler på at oppdragsgivere stiller krav om, eller anmoder om at den som vinner kontrakten, må overta arbeidstakerne. I *Stavanger Catering-saken*¹⁵² overtok vinneren av anbudet et flertall av de ansatte etter at det ble stilt krav til det i anbudsgrunnlaget.

Arbeidslivslovutvalget viser til EU-kommisjonens reviderte forslag til forordning om medlemsstatenes håndtering av krav vedrørende offentlig trafikkbetjening som har en frivillig bestemmelse for medlemsstatene om arbeidstakervern ved skifte av kontrakt om persontrafikk.¹⁵³ Det foreslås en bestemmelse om at det aktuelle forvaltningsorgan kan forlange at den valgte operatør gir de ansatte som tidligere utførte arbeidet, de rettigheter de

¹⁵⁰ ibid s. 364 flg.

¹⁵¹ Sak (C-51/00).

¹⁵² Rt. 1997 s. 1965.

¹⁵³ Jfr. (COM (2002) 107).

ville hatt, dersom det hadde vært tale om en overføring i virksomhetsoverdragelsesdirektivets betydning. Hvilke ansatte og hvilke rettigheter som skal omfattes, foreslås regulert. Med forskrift om anbud i lokal rutetransport av 26. mars 2003 anses Norge for å tilfredsstille Kommisjonens forslag.¹⁵⁴ Selv om arbeidslivslovutvalget ser behovet for en egen regel eller reduksjon av identitetskriteriet, fremmes det ikke forslag om en slik regel. Lovteksten foreslås ikke endret utover en bedre klargjøring av kravet til identitet og enhet. Utvalget viser til at den videre rettsutviklingen bør skje ved rettspraksis.¹⁵⁵

EF- og EFTA-domstolen synes ikke å gi arbeidstakerne bedre vern enn at det er mulig for tidligere og nye innehaver av virksomheten å planlegge hvorvidt overføringen av virksomheten skal anses som virksomhetsoverdragelse etter bestemmelsen i loven og direktivet, ved at det planlegges i hvilket omfang og hvilke aktiviteter som overføres, jfr. Olderdalen Ambulanse:¹⁵⁶ *”...men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene.”*

Det kan synes som om Høyesterett gjennom Olderdalen Ambulanse har fått på dagsorden et tema som domstolen muligens ikke direkte har fremprovosert. På den andre siden kan Høyesteretts vurdering av gjeldende rett anses som et uttrykk for en rettssituasjon de mener ikke burde være slik, men at domstolen ikke har hjemmel for å vurdere tilfellet annerledes. Høyesteretts utsagn kan tolkes som et ønske om at lovgiver skal gi domstolen lovhjemmel for inngripen der det kan sannsynliggjøres at det er skjedd en planlagt omgåelse av reglene om virksomhetsoverdragelse.

I Rt. 2001 side 248 gjorde arbeidstakerne gjeldende at det ikke kunne legges vekt på i hvilken grad ansatte ble overtatt fra tidligere innehaver når det berodde på den nye virksomhetens eget valg at de ikke fikk ansettelse. Dette var ikke Høyesterett enig i: *”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse AS hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen*

¹⁵⁴ Jfr. forskriftens § 4 som fastslår fortrinnsrett ved nyansettelser.

¹⁵⁵ NOU 2004: 5 s. 366.

¹⁵⁶ Rt. 2001 s. 248 avsnitt 3.

av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva. Jeg nevner til slutt at overføring av ambulansevirksomhet kan ha mange likhetstrekk med det som skjer når et trafikksekskap etter avtale med det offentlige og innenfor et bestemt område overtar ansvaret for busstrafikk som tidligere har vært drevet av et annet selskap. Spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse i et slikt tilfelle ble behandlet av den svenske Arbetsdomstolen i dom nr. 163/95 avsagt 20. desember 1995. Domstolen konstaterte at de nye oppdragsmottakerne ikke hadde 'övertagit vare sig arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar' fra den forrige. Disse forhold talte etter domstolens mening 'med avsevärd styrka för att 'verksamheten' inte har bevarat sin identitet vid entreprenörsskiftet'."

Dette synes å gi erververen en unik posisjon til å selv avgjøre om reglene kommer til anvendelse. Det reiser videre spørsmål om forholdet mellom reglenes anvendelse (overtakelse av de ansatte) og de rettsvirkninger reglene gir (fortsettelse av arbeidsforholdet). Dette gjelder særlig i de bransjer hvor identiteten i hovedsak karakteriseres ved de ansatte, f.eks. renholds- og vakttjenester. Arbeidstakere fra virksomheter i slike bransjer som taper en anbudskonkurranse kan oppleve at de velges bort ved ansettelser i den virksomhet som overtar, av den grunn at ansettelse av et flertall av disse arbeidstakerne kan medføre at reglene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse. Erververs valg med hensyn til å overta ansatte kan få den konsekvens at stillingsvernet bortfaller og står i konflikt med formålet bak reglene om virksomhetsoverdragelse. Som tidligere nevnt i Süzen-saken¹⁵⁷ er det uheldig at retten i stor grad vektlegger om de anstatt faktisk ble ansatt i den ervervende virksomheten eller ei. En slik forståelse vil kunne gi inntrykk av at det foreligger en mulighet til å unngå direktivets bestemmelser ved å ikke tilby de ansatte arbeid.

¹⁵⁷ Sak (C-13/95).

I Høyesteretts henvisning i Olderdalen Ambulanse til at det er den overføringen som faktisk har skjedd som legges til grunn for vurderingen og at foreliggende praksis fra EF- og EFTA-domstolen ikke beskytter arbeidstakeren lenger enn dette, kan det se ut som om Høyesterett selv anser at domstolen ikke har hjemmel for en gjennomskjæringsregel. Høyesterett vurderer ikke i dommen hvorvidt det er tatt utenforliggende hensyn ved overføringen av aktiviteter. Domstolen bør imidlertid ha mulighet til å vurdere hvorvidt slike hensyn lå bak det ugyldige vilkåret for ansettelse, nemlig at de ikke kunne fagorganisere seg. Høyesteretts henvisning til at det er kun det faktisk overførte som danner grunnlag for vurderingen kan tolkes dithen at uansett om det kan sannsynliggjøres at det foreligger utenforliggende hensyn bak overføringene, så endrer ikke det vurderingen for domstolene. På bakgrunn av en slik tolkning kan det legges til grunn at domstolen anser selv at den ikke har en gjennomskjæringsadgang. Domstolen har imidlertid ikke vurdert dette, og det kan på bakgrunn av denne dommen ikke klart fastslås hva som er gjeldende rett vedrørende gjennomskjæringsadgangen for domstolene ved virksomhetsoverdragelser. Arbeidstakerne bør kanskje vernes mot planlagt omgåelse av reglene om virksomhetsoverdragelse. Da rettspraksis synes å legge listen for relevante momenter i identitetsvurderingen høyt, vil overføringer av aktiviteter kunne skje uten at det foreligger virksomhetsoverdragelse. Det kan vurderes om kravene ved identitetsvurderingen er for høye, og at en lavere skranke vil kunne hindre spekulering. Økt beskyttelse av arbeidstakerne kan imidlertid hindre at nye innehavere ønsker å overta aktiviteter. Det ville bli mindre interessant for potensielle nye innehavere å gå inn i en virksomhet, da ansatte og deres rettigheter i medhold av aml. kap. 16, etter erververs vurdering, ville kunne være en så stor byrde at han velger å ikke gå inn i virksomheten. Mulighetene for å få svake virksomheter ”up and go” kan reduseres, og dette ville i så fall være uheldig samfunnsøkonomi. Det kan være mer eller mindre lønnsomt for nye erverver å overta arbeidstakerne. Dersom arbeidstakerne er en ressurs for virksomheten og bidrar på en positiv måte, kan det være gunstig for erverver å kunne overta arbeidstakerne. Lite effektive arbeidstakere vil erverver imidlertid kunne ønske å erstatte med andre og mer effektive arbeidstakere. I sist nevnte situasjon vil erverver neppe være interessert i å gi arbeidstakere under tidligere innehaver rettigheter etter aml. kap. 16.

Hvilke sannsynlighetskrav som skal stilles for at en planlagt omgåelse skal kunne anses bevist kan imidlertid diskuteres. Sannsynlighetskravene må ikke bli for høye, slik at en gjennomskjæringsregel blir illusorisk. Evju¹⁵⁸ kommenterer problemstillingen på følgende måte i forbindelse med SAS-saken¹⁵⁹:

”Et annet problem punkt er forholdet mellom hva som foreligger på overdragers/gammel arbeidsgivers hånd før en overgang, og hva som faktisk overtas (eller ikke overtas) av en «erverver». I Olderdalen Ambulanse fremholdt Høyesterett at «spørsmålet om identitet vanskelig [kan] vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble» (s. 257), og ikke ut fra hvordan den ville blitt om erververen hadde forholdt seg annerledes og overtatt ansatte og/eller utstyr. SAS Braathens etterlater spørsmål både om hvor langt en slik tilpasningsmulighet skal anses å foreligge, og et spørsmål om klargjøring av forholdet mellom en slik mulighet og grensene for tilpasninger på mottagersiden av det som faktisk overtas.

Ellers er nok det viktigste, ut over den konkrete saken, at SAS Braathens-dommen gir et sterkt signal om at det skal mindre til – terskelen ligger lavere, om man vil – for at en «virksomhetsoverdragelse» skal anses å foreligge, enn det som har vært en fremherskende oppfatning hos mange. Hvor meget som kan tilskrives den konkrete saken og omstendigheter ved den som ikke kommer klart frem i dommen, kan man bare spekulere over. Det har jeg ikke grunnlag for. Inntil videre står dommen der som en klar anvisning på at det er grunn til nøkternhet og reservasjon ved vurderinger av hvor grensene går.” Evju konstaterer tilpasningsproblemet og konstaterer at Høyesterett heller ikke nå bidrar til en avklaring av denne problemstillingen.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Se Evju 2006 s. 64.

¹⁵⁹ Rt. 2006 s. 71.

¹⁶⁰ Se også sak (E-2/04) Total E&P, premiss 34: ”Valg av organisasjonsstruktur kan imidlertid ikke i seg selv gjøre Direktivet uanvendelig. Dersom det var tilfellet, ville Direktivet kunne omgås, slik at Direktivets formål om å beskytte arbeidstakernes rettigheter, som beskrevet ovenfor, ville bli undergravet.” Se også sak 1999 IRLR 559 Employment Arbitration Tribunal i saken ECM (VehicleDelivery Service) Ltd. V. Cox and Others (1999): ”Erververen kan ikke hindre at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved å la være å overta ansatte som han under normale omstendigheter ville overtatt.”

Problemstillingen reises i Rt. 2006 s. 71. De ansatte anførte i SAS-saken at SAS ved sine disposisjoner søkte å omgå reglene om virksomhetsoverdragelse.¹⁶¹ I korte trekk kan det nevnes at selskapet etter å ha utarbeidet en juridisk betenkning, i april 2004 valgte å legge til grunn at en samordning av virksomhetene ikke ville bli rammet av bestemmelsene. I denne betenkningen sies det blant annet: *”Derimot har SAS handlefrihet mht. å bestemme hva som skal overtas av materiell og personell, og denne avgjørelsen vil være bestemmende for om reglene etter sitt innhold kommer til anvendelse”*.¹⁶²

Å ha regler hvor arbeidsgivers valg er avgjørende for om bestemmelsene skal komme til anvendelse eller ei, er uheldig. At en arbeidsgiver fritas for sine arbeidsrettslige forpliktelser gjennom egne faktiske og rettslige disposisjoner strider mot den rettspraksis som er etablert i Arbeidsretten allerede i 1920-årene. Arbeidsretten behandler riktignok tvister vedrørende tariffavtaler,¹⁶³ men deres uttalelser kan likevel ha en viss relevans.¹⁶⁴

4.3 Sirkelslutning

Den tilpasningsadgangen direktivets bestemmelser til en viss grad åpner for kommer til uttrykk gjennom flere problemstillinger. En av disse er sirkelslutningsproblematikken. Med sirkelslutning legges det til grunn at det ikke er logisk å legge vekt på om de ansatte faktisk har fått være med over fra overdragende selskap til ervervende selskap i vurderingen av om de har rett til å fortsette hos erververen. I sitt forslag til avgjørelse av 24. september 1998¹⁶⁵ poengterer generaladvokat Cosmas dette i premiss 80:

¹⁶¹ Mer om saken i pkt. 3.8.

¹⁶² Lagmannsretten hadde i saken, basert på samme uttalelse fra Høyesterett i Rt. 2001 side 248, lagt til grunn at SAS, som overtakende selskap, hadde legitim rett til å ”påvirke prosessen”. Se også Jan Fougner’s artikkel i Arbeidsrett 2006 Nr. 01 ”Virksomhetsoverdragelse og tilpasning” (heretter Fougner 2006) s. 65 flg. Fougner var forøvrig hjelpeintervenient for arbeidstakerorganisasjonen Parat under SAS-sakens behandling i Høyesterett.

¹⁶³ Jfr. Lov av 5.mai 1927 nr. 1, Lov om arbeidstvister, 2net kapitel.

¹⁶⁴ Se for eksempel sakene ARD 1920-21 s. 341 og ARD 1936 s. 36. Mer om disse avgjørelsene i Fougner 2006 s. 68 flg.

¹⁶⁵ Sakene (C-127/96, C-229/96 og C-74/97) Samling af Afgørelser 1998 side I-08179.

”Anvendelsen af dette kriterium fremkalder imidlertid efter min mening usikkerhed; hvis der nemlig blev lagt særlig vægt på, i hvilket omfang efterfølgeren eller den, der har fået tildelt ordren, har ønsket at overtage arbejdstagerne fra den overdragende virksomhed eller ordregiveren, således at det på grundlag heraf skulle fastslås, om der foreligger overførsel, ville den beskyttelse, som direktivet giver, i hovedsagen afhænge af parternes vilje. Dette kunne føre til den konklusion, at dette ikke kan være et afgørende kriterium for, om direktivets beskyttelse skal gælde, eftersom følgen af at anvende direktivet ville være en forudsætning for at anvende det, som det med rette også fræmheves af visse medlemsstater i deres skriftlige bemærkninger. Man kunne også hævde, at dette ulogiske resultat, denne cirkelslutning er i klar modstrid med fællesskabslovgivers vilje, som tog sigte på at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af ledelsesskifte i virksomheden, i bedriften eller en del af bedriften som følge af overdragelse eller fusion. Endvidere skal man ikke underkende de for arbejdstagerne negative følger, hvis kriteriet ”overtagelse af personale” skulle blive accepteret som hovedkriteriet for direktivets anvendelse.”

Videre kommenterer generaladvokaten i premiss 81 den sammenblanding som til en viss grad preger rettsområdet:

”Jeg er altså af den opfattelse, at der består en vis sammenblanding af på den ene side tanken om den nye virksomhedsejers genansættelse af størstedelen af personalet som kriterium for anvendelse af beskyttelsesbestemmelserne i direktivet og på den anden side formålet med disse beskyttelsesbestemmelser, nemlig den beskyttelse, som de giver arbejdstagerne som følge af overførslen.”

Uttalelsene gir uttrykk for at direktivets formål er å beskytte arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse. Dette innebærer at erververen har plikt til å overta overdragerens ansatte, med mindre det foreligger saklige grunner for å ikke gjøre det. Det faktum at erververen faktisk har overtatt de ansatte han etter direktivets bestemmelser er forpliktet til å overta når bestemmelsene for øvrig er oppfylt, bør således tillegges mindre vekt. Hvis ikke, er faren stor for å havne i en sirkelslutning, nettopp fordi spørsmålet om erververen har plikt til å ta over de ansatte, da avhenger av om han har overtatt eller ansatt en betydelig, vesentlig, ikke ubetydelig eller størstedelen av de ansatte i den overdragende virksomhet.

Finsk høyesterett beskriver problemstillingen i sin uttalelse i KKO 2001:49 på side 255 følgende: ”*Den omständigheten att personalen eller en betydande del av den övergått till den nya företagaren, hade talat för att en överlåtelse skett. I en situation som denna kan emellertid avgörande betydelse inte ges det faktum, att den nya företagaren låter bli att i sin tjänst ta den förra företagarens anställda utan i deras ställe anställer nya arbetstagare. En motsatt ståndpunkt skulle strida mot regleringens syften.*”

Også i EF-domstolen har det faktum at erververen har overtatt ansatte vært tillagt stor vekt. Sakene *Spijkers*¹⁶⁶, *Redmond Stichting*¹⁶⁷ og *Merckx*¹⁶⁸ bekrefter dette.

5 Sammenfatning

Oppgaven tar sikte på å gi en kort innføring i hvilke kriterier som legges til grunn ved identitetsvurderingen ved virksomhetsoverdragelse, i hvilken grad overføringen av ansatte vektlegges ved den samme vurderingen og hvorvidt denne overføringen bør tillegges vekt. I *Spijkers-saken*¹⁶⁹ oppstiller EF-domstolen en momentliste til hjelp ved identitetsvurderingen ved virksomhetsoverdragelse. En konkret helhetsvurdering av virksomhetens overføring vil være nødvendig for å avgjøre hvorvidt direktivets bestemmelser kommer til anvendelse, men det slås gjennom rettspraksis fast at også overføring av ansatte, både som del i en helhetsvurdering eller som en selvstendig faktor, vektlegges.

I hvilken grad synes å variere fra hvorvidt en ”ikke ubetydelig” andel ansatte er overført, slik tilfellet var i *SAS-saken*¹⁷⁰, til om ”størstdelen” av de ansatte er overført som tilfellet var i *Securiocor*¹⁷¹ og *Temco-sakene*¹⁷². Et sted i mellom disse finner vi bruk av begreper

¹⁶⁶ Sak (C-24/85).

¹⁶⁷ Sak (C-29/91).

¹⁶⁸ Sakene (C-171/94 og C-172/94).

¹⁶⁹ Sak (C-24/85).

¹⁷⁰ Rt. 2006 s. 71.

¹⁷¹ Sakene (C-232/94 og C-233/94).

som ”vesentlig del”¹⁷³ og ”betydelig del”¹⁷⁴. Videre slår domstolene fast at også de ansattes kvalifikasjoner kan ha betydning for hvilken vekt overføringen skal ha. Dette kommer blant annet til uttrykk i Süzen-saken.¹⁷⁵ Det kan med andre ord ikke gis noe konkret svar på hvilken vekt overføring av de ansatte tillegges av domstolene.

Det kan i midlertidig gis et konkret svar på at direktivets bestemmelser kan omgås ved å tilpasse overføringen, og således synes det åpenbart at overføring av ansatte, med de forbehold kapittel 4 nevner, bør vektlegges. Sirkelslutningsproblematikken underbygger til en viss grad dette synspunktet.

Forståelsen av direktivets bestemmelser er i kontinuerlig utvikling, og det er nettopp denne dynamikken som domstolene til en viss grad synes å legge opp til, som gjør dette smale området så fascinerende.

”Veien blir til mens du går.....”¹⁷⁶

¹⁷² Sak (C-51/00).

¹⁷³ Sak (C-172/99).

¹⁷⁴ Sak (C-13/95).

¹⁷⁵ *ibid.*

¹⁷⁶ Fritt etter Ferdinand Finne.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker:

- | | |
|------------------|---|
| Andersen | Lars Svenning Andersen: Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, 3. utg. København 1996 |
| Aagaard/Melsom | Erik C. Aagaard og Nina Melsom: Bedriftens personalhåndbok, 7 utg. Oslo 2006 |
| Blanpain | Roger Blanpain: European Labour Law, 9. utg. Kluwer Law International 2003 |
| Court-Payen m.fl | Len Court-Payen, Susanne Christensen og Mette Klingsten, Lov om Kollektive afskedigelser, København 2004 |
| Dege | Jan Tormod Dege: Arbeidsrett, Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, Oslo 2003 |
| Engelsrud | Gerd Engelsrud: Styring og vern, arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner, Oslo 1999 |
| Ertzaas | Ulf Ertzaas i samarb. m. Jakhelln og Andersen: Arbeidsrettslig håndbok, Kristiansand 2004 |
| Evju | Stein Evju: Stillingsvern etter arbeidsmiljøloven, materialsamling, Oslo 1995 |
| Fanebust | Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, Oslo 2001 |
| Fougner m.fl | Jan Fougner, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard m.fl: Kollektiv arbeidsrett, Oslo 2004 |
| Fougner/Holo | Jan Fougner og Lars Holo: Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, Oslo 2006 |
| Garde: | Amandine Garde: Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings, Common Market Law Review 2002 |
| Glavå | Mats Glavå: Arbetsrätt, Lund 2001 |

Granden	Gro Granden: Ansatt, oppsagt, avskjediget? Oslo 2006
Göransson/Nordlöf	Håkan G. Göransson og Claes Nordlöf: Arbetslagstiftning, revidert utg. Stockholm 2006
Hasselbalch	Ole Hasselbalch: Arbejdsret, 9. utg. København 2005
Hasselbalch m.fl.	Ole Hasselbalch m.fl: Arbejdsmarkedets regler, 7. utg. København 2006
Jakhelln 2005	Henning Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, 3. utg. Oslo 2005
Jakhelln 2006	Henning Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, 4. utg. Oslo 2006
Jakhelln/Aune	Henning Jakhelln og Helga Aune: arbeidsrett.no, 2. utg. Oslo 2006
Johansen	Thor-Erik Johansen: Stillingsvernet i arbeidsmiljøloven, Kristiansand 1999
Johansen	Thor-Erik Johansen: Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold, 4. utg. Kristiansand 2006
Klingsten	Mette Klingsten: Ansettelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, København 2002
Mulder	Bernard J. Mulder: Anställningen vid verksamhetsövergång, Lund 2004
Nilsen	Ruth Nielsen: Arbejdsret for revisorer, København 2007
Nygaard	Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt, Bergen 1999.
Pettersen	Børre Pettersen: Arbeidsmiljøloven før og nå, lovspeil med kommentarer. Oslo 2005
Pettersen	Børre Pettersen: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), 2. utg. Oslo 2007
Storeng m.fl	Storeng, Beck og Due Lund: Arbeidslivets spilleregler II, Oslo 2003
Storeng m.fl	Storeng, Beck og Due Lund: Arbeidslivets spilleregler III, Oslo 2003
Storeng m.fl	Storeng, Beck og Due Lund: Arbeidsrett, Oslo 2006

6.2 Artikler:

Borgerud m.fl: ”Kommentarer til aml. kap. 16”, Norsk Lovkommentar, Oslo 2007, note 600 flg.

Evju: ”Arbeidsrett og styringsrett”, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 1, 2003, s. 2-25

Evju: ”Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger: Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer”, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 2, 2005, s. 1-91

Evju: ”Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006”, Arbeidsrett 2006 Nr. 01, s. 52 flg.

Evju: ”Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime”, Arbeidsrett 2006 Nr. 4, s. 209 flg.

Fougner: ”Virksomhetsoverdragelse og tilpasning”, Arbeidsrett 2006 nr. 1, s. 656 flg.

Jakhelln: ”Arbeidstakerbegrepet”, Arbeidsrettslige og rettslige studier I-IV, Universitetsforlaget 2000, s. 1086 flg.

Jakhelln: ”Arbeidsretten”, Knophs oversikt over Norges rett, 12. utg. s. 542 flg.

Johansen: ”Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XII A.”, LoR 2002 nr. 07, s. 447 flg.

Johansen: ”Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XII A – replikk til advokat Einar Østerdahl Poulsson (Lov og Rett 2003 side 57-58)”, LoR 2003 nr. 04-05, s 303 flg.

Poulsson: ”Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XII A – replikk til advokat Atle S. Johansen (Lov og Rett nr 7/2002, s. 447-453)”, LoR 2003 nr. 01, s 57 flg.

6.3 Lovgivning:

Norsk:

Lov av 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven)

Lov av 5.mai 1927 nr. 1 (arbeidstvistloven)
Lov av 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven 1977, opphevet)
Lov av 27. november 1992 nr. 115
Lov av 8. januar 1993 nr. 21 (Luganoloven)
Lov av 15. juni 2001 nr. 33
Lov av 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven)
Lov av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven)

Forskrift av 10. januar 1986 nr. 17

Eu-direktiver og forordninger:

Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977
Rådsdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998
Rådsdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001

Enkelt lovspeil:

Aml. (1977)	aml. (2005)
Kap. XII A	kap. 16
§ 73A	§ 16-1

6.4 Dommer:

Norsk Høyesterett:

Rt. 1978 s. 160 (Regnbuen)
Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen)
Rt. 1995 s. 1625 (Stavanger Catering)
Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune/ Østvang fritid)
Rt. 1997 s. 1965 (Eidesund)
Rt. 1999 s. 977 (Nemko)
Rt. 1999 s. 989 (Vest Ro Slakteri)

Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport)
Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen ambulanse)
Rt. 2002 s. 39
Rt. 2006 s. 71 (SAS)

Dommer i underrettene:

Sak nr. 02-2742 A/01 m.fl. (SAS/ Braathens), dom i Asker og Bærum tingrett 15. oktober 2003

Sak LB-2004-3561 (SAS/ Braathens), dom i Borgarting lagmannsrett 18. mars 2005

Arbeidsretten:

ARD 1920-21 s. 341
ARD 1936 s. 36
ARD 1970 s. 16

Dansk arbeidsrett:

AT 81.146

EF/EØS-dommer:

(C-186/83) Botzen
(C-24/85) Spijkers
(C-287/86) Ny Mølle Kro
(C-324/86) Daddy's Dance Hall
(C-101/87) Bork
(C-29/91) Redmond Stichting
(C-209/91) ISS Kantineservice
(C-392/92) Schmidt
(C-48/94) Rygaard
(C-171/94 og C-172/94) Merckx
(C-13/95) Süzen

(C-127/96, C-229/96 og C-74/97) Vidal m.fl.
(C-173/96) Hidalgo m.fl.
(C-234/98) Allen
(C-172/99) Liikenne
(C-51/00) Temco
(C340/01) Abler/ Sodexo
(C-232/04 og C-233/04) Güney-Görres m.fl./ Securicor

(E-2/95) Eidesund/ Stavanger Catering
(E-2/96) Ulstein
(E-3/96) Ask
(E-9/97) Sveinbjörnsdóttir
(E-3/01) Viggòsdóttir
(E-2/04) Total E&P

Utenlandske:

KKO 2001:49 (Finsk Høyesterett)

6.5 Forarbeider og offentlige utredninger:

NOU:

NOU 1992:20 (Arbeidsmiljølovutvalget)
NOU 1996:6 (Arbeidsmiljølovutvalget)
NOU 2004:5 (Arbeidslivslovutvalget)

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 71 (1991-1992)
Ot.prp. nr. 79 (2000-2001)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Andre:

Innst. O. nr. 5 (1991-1992)

Innst. O. nr. 91 (2000-2001) s. 2.

Innst. O. nr. 100 (2004-2005)

Høringsbrev av 25.08.98 (Innstilling fra konsernutvalget, forslag til utvidelse og presisering av arbeidsgiverbegrepet i aml. (1977) § 4.

Rapport om virksomhetsoverdragelse, publisert 30.06.2000 (Fornyings- og administrasjonsdepartementet)

Notat til arbeidslivslovutvalget 22. mai 2002

